

**A MEDIAÇÃO NA PREVENÇÃO E SOLUÇÃO  
DE CONFLITOS LOCATÍCIOS**

**CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ**

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-  
GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE  
SANTA CATARINA, COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO  
TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.**

**ORIENTADOR: PROF. DR. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES**

**FLORIANÓPOLIS (SC)  
SETEMBRO DE 2001.**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA-UFSC**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS-CCJ**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO-CPGD**

**A PRESENTE DISSERTAÇÃO, INTITULADA A MEDIAÇÃO NA PREVENÇÃO E  
SOLUÇÃO DE CONFLITOS LOCATÍCIOS**

**ELABORADA POR CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ**

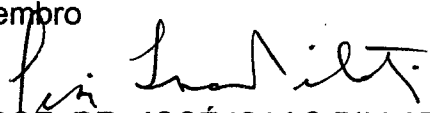
**E APROVADA POR TODOS OS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA  
COMPOSTA PELOS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, FOI JULGADA  
ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.**

**FLORIANÓPOLIS (SC), 25 DE SETEMBRO DE 2001.**

**BANCA EXAMINADORA:**

  
**PROF. DR. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES**  
Orientador

**PROF. DR. JOSÉ ALCEBÍADES DE OLÍVEIRA JÚNIOR**  
Membro

  
**PROF. DR. JOSÉ ISAAC PILLATI**  
Membro

  
**Prof. Dr. Christian Guy Caubet**  
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

## **Dedicatória**

**Dedico este trabalho à minha irmã,  
que me encorajou a realizar este sonho,  
e aos integrantes do Projeto Nasci.**

## **AGRADECIMENTOS**

A essa força superior que nos impede de fraquejar a qual alguns chamam de Deus, outros de Alá, Javé e outras designações. O importante é que essa força existe e me iluminou.

Aos meus pais pela paciência que tiveram comigo nos momentos mais angustiantes.

Ao meu orientador pelo zelo durante o processo de elaboração da dissertação e pelas indicações bibliográficas, além do carinho prestado.

A Carlos Augusto Bastos Abalada pelo companheirismo, pela paciência, pelo amor e pelas correções ortográficas.

A José Alcebíades de Oliveira Júnior pelas indicações bibliográficas.

Aos amigos do mestrado, em especial a Breno da Silva Maia Filho, Gilsilene Passon Picoretti, Patricia Bersan Pinheiro de Paiva Gonçalves e Walace Pandolpho Kiffer.

Aos meus amigos pela força nos momentos de fraqueza, em especial a Eda Maria Del Fiume Silva e Guilherme Rodrigues de Oliveira.

Aos meus alunos pelo carinho e troca de conhecimento.

Às pessoas que, direta ou indiretamente, me auxiliaram para a concretização desse trabalho.

## **RESUMO**

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo verificar o alcance, no Brasil contemporâneo, do exercício da mediação na prevenção e solução de conflitos locatícios. A pesquisa está estruturada em quatro capítulos, assim se desenvolvendo: O primeiro capítulo, denominado conflito e conflito advindo das relações locatícias, procura verificar os aspectos gerais dos conflitos, de um modo mais amplo, e dos conflitos locatícios. Dando continuidade, com base na classificação das formas de solução de conflitos: autotutela, autocomposição e heterocomposição, o capítulo segundo apresenta algumas formas de solução de conflitos e, em especial, a mediação. No capítulo terceiro, é analisada a teoria geral da mediação, abordando: seus elementos; as características gerais; os campos de atuação; seu processo; a ética no processo de mediação; educação para mediadores; e os tipos de mediação. O quarto capítulo analisa a mediação como forma de prevenção e solução dos conflitos locatícios, versando sobre os seguintes temas: os mediadores; as partes; a assistência profissional na prevenção e solução dos conflitos locatícios; as hipóteses em que a utilização da mediação é adequada, e as em que não é, na prevenção e solução de conflitos locatícios; e, finalmente, o papel da mediação na prevenção e solução de conflitos locatícios. Conclui-se que a mediação pode ser usada na prevenção e solução de conflitos locatícios, desde que, no caso em concreto, verifique-se a viabilidade dessa via estar efetivamente realizando uma solução adequada ao conflito. Mas ainda que falta a realização de estudos sobre mediação, que sejam desmitificados, críticos e que não omitam as relações sociais na análise do conflito.

## **RESUMEN**

La presente tesis de maestría tiene como objetivo verificar el avance, en el contemporáneo Brasil, del ejercicio de la mediación en la prevención y solución de los conflictos de arrendamiento. La investigación se ha estructurado en cuatro capítulos, estando desarrollados de la siguiente forma: El primer capítulo, nombrado conflicto y conflicto originado por las relaciones de arrendamientos), se busca mediante este trabajo, los aspectos generales de los conflictos, de una forma más amplia, y de los conflictos de arrendamiento. Se sigue, con base en la clasificación de las formas de solución de los conflictos: autotutela, autocomposición y heterocomposición, en el capítulo segundo se presenta algunas formas de soluciones de conflictos y, en especial, a la mediación. En el tercer capítulo, se analiza la teoría general de la mediación, abordando: sus elementos; las características generales; las áreas de actuación; su proceso; la ética en el proceso de mediación; educación para los mediadores; y los tipos de mediación. El capítulo cuarto, analiza la mediación como forma de prevención y solución de los conflictos de arrendamientos, compartiendo las siguientes temáticas: los mediadores; las partes; el apoyo profesional en la prevención y solución de los conflictos de arrendamiento; las hipótesis en que la utilización de la mediación es adecuada, y en la que no lo es, en la prevención y solución de conflictos de arrendamiento; y, finalmente, el papel de la mediación en la prevención y solución de conflictos de arrendamiento. Se Concluye que la mediación puede ser usada en la prevención y solución de conflictos de arrendamiento, siempre que, en un caso concreto, se verifique la viabilidad de esa vía estar efectivamente realizando una solución adecuada al conflicto. pero aún falta la realización de estudios sobre mediación, que sean desmitificados, críticos y que no omitan las relaciones sociales en el análisis del conflicto.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>RESUMO.....</b>   | <b>5</b>  |
| <b>RESUMEN.....</b>  | <b>6</b>  |
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>CAPÍTULO 1 – Conflito e Conflito advindo das relações locatícias.....</b>                                       | <b>14</b> |
| 1.1 Conflito.....  | 14        |
| 1.1.1 Distinções entre Conflito, Disputa e Competição.....   | 20        |
| 1.1.2 Classificações dos conflitos.....  | 21        |
| 1.1.3 O fenômeno jurídico com a função de solucionar conflitos.....  | 23        |
| 1.1.4 O movimento de acesso à justiça e a solução de conflitos.....  | 29        |
| 1.2 Conflitos advindos das relações locatícias.....  | 31        |
| 1.2.1 Conflitos advindos das relações locatícias da prática de infração<br>legal ou contratual pelo locador.....   | 44        |
| 1.2.2 Conflitos advindos das relações locatícias da prática de infração<br>legal ou contratual pelo locatário..... | 48        |
| 1.2.3 Conflitos advindos das relações locatícias residenciais.....   | 50        |
| 1.2.4 Conflitos advindos das relações locatícias não residenciais.....   | 52        |
| <b>CAPÍTULO 2 – Formas de solução de conflitos.....</b>  | <b>54</b> |
| 2.1 Autotutela.....  | 54        |
| 2.2 Autocomposição.....  | 57        |
| 2.3 Heterocomposição.....  | 62        |
| 2.3.1 Jurisdição.....  | 65        |
| 2.3.2 Arbitragem.....  | 76        |
| 2.4 Mediação.....  | 84        |

|   |                |
|---|----------------|
| <b>CAPÍTULO 3 – Teoria Geral da Mediação.....</b>   | <b>95</b>      |
| 3.1 Elementos da Mediação.....  | 95             |
| 3.2 Características Gerais da Mediação.....   | 108            |
| 3.3 Campos de Atuação da Mediação.....  | 114            |
| 3.4 Tipos de Mediação.....  | 115            |
| 3.5 Processo de Mediação.....   | 121            |
| 3.6 Ética no processo de mediação.....  | 124            |
| 3.7 Educação para mediadores.....   | 136            |
| <br><b>CAPÍTULO 4 – Perspectivas da mediação na prevenção e solução<br/>de conflitos locatícios.....</b>            | <br><b>143</b> |
| 4.1 Os mediadores na prevenção e solução de conflitos locatícios.....   | 143            |
| 4.2 As partes na prevenção e solução de conflitos locatícios.....   | 149            |
| 4.3 A assistência profissional na prevenção e solução de conflitos locatícios.....                                  | 158            |
| 4.4 Hipóteses em que é adequada a utilização da mediação na<br>prevenção e solução de conflitos locatícios.....     | 162            |
| 4.5 Hipóteses em que não é adequada a utilização da mediação<br>na prevenção e solução de conflitos locatícios..... | 164            |
| 4.6 O papel da mediação na prevenção e solução de<br>conflitos locatícios.....                                      | 165            |
| <br><b>CONCLUSÃO.....</b>   | <br><b>179</b> |
| <br><b>BIBLIOGRAFIA.....</b>  | <br><b>189</b> |
| <br><b>ANEXO.....</b>   | <br><b>198</b> |



## INTRODUÇÃO

No Brasil contemporâneo, a maioria das locações de imóveis urbanos é realizada através da intermediação de uma administradora de imóveis. Normalmente é o locador quem realiza a contratação da administradora do imóvel, a qual aproxima as partes, prestando as informações básicas para a celebração do contrato.

A elaboração do contrato de locação cabe às partes. Entretanto, é muito comum as imobiliárias fornecerem às partes contratos pré-elaborados cujos conteúdos, normalmente privilegiam os interesses do locador. Muitos desses contratos não são sequer ajustados às necessidades básicas dos contraentes. A adoção desse contrato é uma das possíveis fontes geradoras de conflituosidade.

A situação é ainda mais grave quando são adotados os formulários de contrato de locação vendidos em qualquer papelaria e os contraentes, nessa hipótese, apenas preenchem os espaços, especificando seus nomes e qualificação, o valor do aluguel, o prazo da locação, a garantia, o local e a forma de pagamento.

O contrato de locação é de execução continuada e as obrigações dos contraentes apenas cessam com o término da locação. Portanto, as possibilidades de desavenças durante esse relacionamento são maiores que as de um contrato de execução imediata.

Os conflitos locatícios normalmente possuem natureza patrimonial, com a presença de partes no processo por necessidade financeira. Elas, portanto, não possuem condições de adimplir com suas obrigações vencidas. Essa situação é

bastante comum no Brasil atual e dois fatores decisivos contribuem grandemente para sua ocorrência: o crescimento do desemprego e a “massificação” da idéia de que a felicidade se resume ao consumo.

Os conflitos advindos das relações locatícias são numerosos e de delicada solução. As partes envolvidas normalmente anseiam por soluções rápidas, além de justas. O instrumental jurisdicional moroso, caro e excessivamente formalista, em muitos momentos, não tem alcançado o resultado com a agilidade necessária. A via judicial não tem se mostrado suficientemente capaz de resolver todos os conflitos existentes na sociedade atual. Portanto, outros caminhos e outros meios para gerir contendas estão sendo utilizados.

A presente dissertação tem por objetivo verificar o alcance de um desses meios alternativos: a mediação. Esse estudo se concentra no Brasil atual, nos conflitos advindos de relações de locação de imóveis urbanos, regulamentadas pela lei 8.245 de 18 de outubro de 1991.

Na mediação, a solução de conflitos é construída entre as partes com a presença de um mediador, o qual realiza um trabalho de aproximação das partes e as auxilia na dissecação do problema, para compreender as zonas de impasse existentes – e que possam ser trabalhadas de uma forma menos traumática – com o objetivo de construir uma solução positiva, satisfatória e eficaz para as partes, através do consenso. A mediação é, portanto, uma forma de intervenção autocompositiva que apresenta às partes a possibilidade de resolver a disputa de acordo com suas necessidades objetivas.

Esse trabalho tem como escopo verificar a viabilidade da mediação como forma de prevenção e solução de conflitos locatícios no Brasil contemporâneo.

O primeiro capítulo aborda os aspectos gerais dos conflitos, de um modo mais amplo, e dos conflitos locatícios, especificamente. Nesse momento serão apresentadas construções teóricas sobre a conceituação do que seja conflito, com enfoque específico sobre as acepções adotadas pela ciência jurídica, e outros conceitos sinônimos, trazendo ainda as classificações dos conflitos.

No que tange ao estudo dos conflitos advindos das relações locatícias de imóveis urbanos, em um primeiro momento serão abordados genericamente os conflitos advindos das relações locatícias e depois será realizado um estudo detalhado dos conflitos advindos da relação locatícia, da prática de infração legal ou contratual dos contraentes e a importante distinção entre conflitos advindos das relações locatícias residenciais e não residenciais.

No segundo capítulo este trabalho apresentará algumas formas de solução de conflitos, com base na sua classificação como autotutela, autocomposição e heterocomposição, dando principal atenção à mediação.

A abordagem delimitará e enquadrará cientificamente cada uma dessas formas, abordando aspectos de origem histórica e a utilização de cada uma dessas no Brasil contemporâneo. Também tentará identificar se a crise de eficiência do Judiciário pode ser atenuada através da implementação das vias alternativas de solução de conflitos.

O terceiro capítulo analisará a forma de solução objeto deste estudo, a mediação, mencionando seus prós e contras e as características necessárias aos profissionais desse campo de atuação. Nesse momento será tentada a construção de uma teoria geral da mediação, buscando realizar um macroestudo dessa forma de solução de conflitos de forma crítica, que tente trazer o máximo de questionamentos sobre o assunto, tendo como pano de fundo a análise desse tema através das relações sociais.

Tentando evitar em toda a construção desse estudo a queda nas armadilhas das soluções movidas pela urgência, normalmente repletas de fórmulas mágicas que propõem a mediação como elixir de todos os males advindos dos conflitos.

Busca-se também a realização de apontamentos sobre as questões éticas que envolvem o processo de mediação e sobre a formação profissional que habilite o mediador a um desempenho compromissado de seu ofício.

O quarto capítulo restringe-se ao estudo e análise da mediação como forma de prevenção e solução dos conflitos locatícios. Ele levanta questionamentos sobre a atuação dos diversos sujeitos partícipes do processo mediado e suas influências positivas, negativas, construtivas e destrutivas no procedimento de mediação; apresenta hipóteses em que a mediação seria ou não uma forma adequada de solução dos conflitos locatícios; busca finalmente realizar uma análise comprometida com a averiguação das condições de eficácia da mediação na solução de conflitos, respeitando a dignidade das partes, processando-se de maneira comunicacional e transformadora dos conflitos, e acima de tudo, auxiliando os indivíduos a serem mais cooperativos uns com os outros.

A abordagem deste trabalho é uma tentativa de contemplação de um instituto diante de um objeto específico e seus atores sociais, com o objetivo de submeter a uma apreciação responsável o fenômeno da mediação.

Para a execução dos capítulos deste trabalho, a abordagem foi feita pelo método hipotético-dedutivo. O procedimento utilizado foi o método monográfico. Com o escopo de alcançar os resultados objetivados, recorreu-se às técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Com relação ao embasamento teórico vários autores foram consultados, como discriminado abaixo.

No capítulo primeiro, na parte referente ao estudo do conflito, recorreu-se basicamente a Francesco Carnelutti, Cândido Rangel Dinamarco e Mauro Cappelletti. Já na parte referente ao estudo dos conflitos locatícios, Silvio Capanema de Souza, Gustavo Tepedino e José da Silva Pacheco foram adotados.

Cândido Rangel Dinamarco, José Eduardo Carreira Alvim, Ada Pellegrini Grinover, Piero Calamandrei e Carlos Alberto Carmona formaram a base da pesquisa realizada no segundo capítulo.

Para a realização do terceiro capítulo, as principais obras consultadas foram de Maria de Nazareth Serpa, Jean-François Six, Elena I. Highton, Gladys S. Álvarez e Joseph P. Folger.

Deborah M. Kolb, Jean-François Six, Elena I. Highton, Juan Carlos Vezzulla, Laura Nader, Silvio Capanema de Souza, Gustavo Tepedino e José da Silva Pacheco compõem a fonte bibliográfica principal utilizada na redação do capítulo quatro.

## CAPÍTULO 1 – Conflito e Conflito advindo das relações locais:

### 1.1 Conflito

Um dos fatos mais comuns da vida em sociedade é a presença do conflito: conflitos familiares, com a vizinhança, nas relações de trabalho, nas relações comerciais e entre os interesses gerais e os interesses particulares.

Dentro da ciência processual, a vertente mais adotada é o estudo dos conflitos através da visão de Carnelutti. Essa abordagem é iniciada através da conceituação do termo *interesse*, pois através da busca pelos interesses é que se instaura o conflito.

Na obra *Sistema de Direito Processual Civil*, Carnelutti trata o interesse<sup>1</sup> como sendo uma posição do homem, “a posição favorável à satisfação de uma necessidade,”<sup>2</sup> Alfredo Buzaid explana o mesmo entendimento<sup>3</sup> e Alvim questiona essa assertiva, justificando que o interesse é precedido por uma posição, sendo, entretanto, toda posição precedida por um juízo, uma construção racional, “e à ‘posição’ chega o homem depois de um juízo, matriz do seu querer, dado que o juízo é pressuposto pelo seu querer.”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Para Dinamarco a grande utilidade do conceito ‘interesse’ formulado por Carnelutti é voltada para o estudo do interesse de agir, uma das condições da ação. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.ª ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, nota de rodapé 7, p.115.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 55.

<sup>3</sup> BUZAID apud ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, arts. 1.º ao 6.º do CPC. 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 6.

<sup>4</sup> ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, arts. 1.º ao 6.º do CPC. 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 6.

Carnelutti estabelece a existência, entre os entes, de “relações de complementaridade”, que seriam o estímulo dos seres vivos à combinação.<sup>5</sup>

*“O estímulo age por via de uma sensação penosa por todo o tempo em que se não efetua a combinação, e de uma sensação agradável logo que a combinação se produza. Essa tendência para a combinação de um ente vivo com um ente complementar é uma necessidade. A necessidade satisfaz-se pela combinação. O ente capaz de satisfazer a necessidade é um bem.(...) A relação entre o ente que experimente a necessidade e o ente que é capaz de a satisfazer é o interesse. (...) Um ente é objeto de interesse na medida em que uma pessoa pense que lhe possa servir, do contrário, é indiferente.”*<sup>6</sup>

É fundamental, para estabelecer um entendimento sobre “interesse”, a noção do que sejam “bem” e “necessidade”, pois um bem pode servir para satisfazer a necessidade dos homens ou apenas como mera utilidade individual. *Necessidade* é um termo que expressa a essencialidade de alguma coisa e a *utilidade* caracteriza-se pela “idoneidade de uma coisa (bem) para satisfazer a uma necessidade.”<sup>7</sup>

Para a configuração do interesse é fundamental “que à utilidade se alie a necessidade presente ou de previsão futura.”<sup>8</sup>

*“Os bens encontram, primeiramente na inteligência e finalisticamente na vontade, os meios através dos quais, respectivamente valorando-os e querendo-os, transforma-os o homem em verdadeiros bens. Dessa*

---

<sup>5</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, p. 89.

<sup>6</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, p. 89/90.

<sup>7</sup> UGO ROCCO apud CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 4.

<sup>8</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. op. cit., p. 5.

*forma, pode-se afirmar que os bens constituem-se para o homem num atrativo, seja de ordem econômica ou 'moral'".<sup>9</sup>*

Para Chiovenda, a atribuição de bens da vida aos sujeitos jurídicos é uma das tarefas primordiais da ordem jurídica.<sup>10</sup>

Na obra *Teoria Geral do Direito*, Carnelutti aborda o interesse como sendo uma relação: o homem busca através das relações uma satisfação. Essa satisfação se dá através dos bens, meios para a satisfação das necessidades humanas, os quais podem ser materiais ou imateriais.<sup>11</sup>

É comum autores civilistas adotarem como metodologia de estudo o conceito de relação jurídica. A relação tem como base a intersubjetividade, "que tem como idéia-chave a autonomia privada, poder dos particulares de criar relações jurídicas e estabelecer-lhes o respectivo conteúdo (direitos e deveres)."<sup>12</sup>

Nessa relação estão presentes, no mínimo, dois sujeitos. Num dos pólos da relação existe um sujeito que é o titular e se encontra numa posição de poder e no outro pólo encontra-se um sujeito numa posição de dever. "Poderes e deveres estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a tutela de um interesse."<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup>ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, arts. 1.º ao 6.º do CPC. 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 5. Segundo Ugo Rocco "o conceito de bem é amplíssimo e dentro dele podem agrupar-se todas as realidades que entram no conceito de valor, podendo ser tanto uma coisa, como um homem, uma ação, uma omissão, tanto uma relação de fato como uma relação jurídica." UGO ROCCO apud CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 4.

<sup>10</sup> CHIOVENDA apud ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, arts. 1.º ao 6.º do CPC. 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 7.

<sup>11</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

<sup>12</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. XXIV.

<sup>13</sup> PASSARELLI apud AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 155.



Carnelutti demonstra que o interesse é uma relação entre duas ou mais pessoas, tentando satisfazer suas necessidades através da conquista dos bens.

Ao se tratar o interesse através do prisma da relação jurídica, verifica-se um predomínio da visão privativista nas construções teóricas.<sup>14</sup>

Para Santos<sup>15</sup>, ao se considerar a relação jurídica como conflito de interesses regulados pelo direito, resulta que ela se dá entre duas pessoas, titulares dos interesses conflitantes.

Carnelutti<sup>16</sup> esclarece que os interesses dos homens são ilimitados e, em contrapartida, os bens são limitados, surgindo desse impasse o conflito de interesses. "Surge conflito entre dois interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta,"<sup>17</sup>

*"O conflito ocorre sempre que atividades incompatíveis, oriundas ou não da vontade, existem. As ações incompatíveis podem surgir em uma pessoa, um grupo ou nação. Nesses casos são chamados de intrapessoal, intragrupal ou intranacional. Ou eles podem refletir ações incompatíveis de duas ou mais pessoas, grupos ou nações e são chamados de interpessoais, intergrupais ou internacionais."*<sup>18</sup>

<sup>14</sup> "Presencia-se, pois, uma ciência processual construída mediante afirmações e pressupostos publicistas, mas revelando surpreendentes posicionamentos sobrevividos ao sincretismo privativista já superado." DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.<sup>a</sup> ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, p. 46.

<sup>15</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil 1.º volume*. 21.º edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 8. Prossegue explanando sobre os sujeitos da relação jurídica: "são eles, os sujeitos da relação jurídica: sujeito ativo, ou do interesse protegido, que será também o do direito subjetivo, quando a proteção do interesse dependa necessariamente do concurso da vontade de seu titular; sujeito passivo, ou do interesse subordinado, ou da obrigação. Os sujeitos da relação ou são pessoas físicas ou pessoas jurídicas. O conflito de interesses entre os sujeitos versa sobre um bem. Esse é o objeto da relação jurídica."

<sup>16</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. op. cit., p. 61.

<sup>17</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. op. cit., p. 61.

Os pilares da ciência processual são fundados sobre os conflitos de interesses individuais, mas é importante ressaltar o crescimento das demandas de interesses coletivos, difusos e outros.

*“A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.”<sup>19</sup>*

Para Carnelutti o conflito é um dado sociológico que antecede à lide, sendo a lide o conflito de interesses deduzidos em juízo<sup>20</sup>. Já Greco Filho<sup>21</sup> vislumbra que o termo mais adequado seria “convergência de interesses” sobre bens, e não conflito. O autor ressalta os casos de jurisdição voluntária e até o processo penal em que efetivamente não ocorre um embate entre as partes.

Tradicionalmente, seguindo a visão carneluttiana, estuda-se a ciência processual como aquela que tem o fim precípua de solucionar os conflitos

---

<sup>18</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 25.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 50.

<sup>20</sup> “No campo do direito das obrigações, amplamente dominado pela idéia da disponibilidade dos direitos, é de pleno acerto dizer que só mesmo quando presente a exigibilidade, positivada a insuficiência dos vínculos representados pela sensibilidade do sujeito às exigências do direito material, é que se considera concretamente necessário o exercício da jurisdição (presente o legítimo interesse processual de agir). E foi a partir do direito das obrigações, principalmente, e com as vistas voltadas às situações jurídicas disponíveis que floresceu a proposta metodológica da colocação da lide como pólo central na ciência do processo.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.<sup>a</sup> ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, p. 47/48.

<sup>21</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro 1 .º volume*. 9.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 12/ 13.

existentes na sociedade através dos instrumentos processuais previstos no ordenamento jurídico de cada Estado.

A conceituação do conflito de interesses é central para o estudo da ciência processual no Brasil, mas sofre inúmeras críticas<sup>22</sup>. Originalmente, a conceituação dos conflitos de interesses de natureza privada era apropriada. Atualmente, entretanto, existem diversas demandas que devem, forçosamente, ser solucionadas pela via judicial e nas quais não há necessariamente interesses contrapostos.<sup>23</sup>

Dinamarco<sup>24</sup> define conflito como a situação objetiva caracterizada por uma aspiração e seu estado de não satisfação, independentemente de haver ou não interesses contrapostos. Essa definição consegue abarcar os diversos tipos de conflitos existentes na atualidade, sendo metodologicamente mais satisfatória.

---

<sup>22</sup> A construção do jurista italiano Camelutti sofreu severas críticas na Itália. Calamandrei, apud Dinamarco, sugere que o conceito de lide edificado por Camelutti é apenas sociológico e falta rigor técnico para ser um conceito jurídico, acrescentando ainda que “para poder a lide entrar no processo precisa, pois, que ela seja apresentada ao juiz, não no seu aspecto sociológico, mas no jurídico (...) Parece que a existência da lide não pode ser considerada como condição necessária para o interesse de agir em todos os casos nos quais, mesmo se a lide não existisse, nem por isso seria possível ao interessado conseguir extrajudicialmente, pelo consenso espontâneo da outra parte, aquilo que somente a sentença pode dar-lhe.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.<sup>a</sup> ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, notas de rodapé 7/ 8, p. 48.

<sup>23</sup> “É o caso da pretensão para anular o casamento ou contrato, ou da exclusão de herdeiro por indignidade, ou mesmo da separação judicial ou do divórcio: na área penal, é o caso de todas as pretensões punitivas.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.<sup>a</sup> ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, p. 47.

<sup>24</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.<sup>a</sup> ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, nota de rodapé 6, p. 116/117.

### 1.1.1 Distinções entre Conflito, Disputa e Competição.

Conflito, em uma acepção estrita, é conceituado como a disputa bilateral na qual duas partes tentam possuir o que ambas não podem. Na acepção ampla, denota o confronto de poder na luta de todas as coisas por se manifestar.<sup>25</sup>

Nessa acepção estrita, a conceituação de conflito é similar à construção científica formulada por Carnelutti e tal formulação abarca apenas uma parte dos conflitos existentes, sendo necessário, na atualidade, recorrer ao conceito amplo do que seja conflito para a realização de uma análise mais correta desse objeto de estudo.

Disputa é um conflito interpessoal comunicado ou manifestado. Disputas ocorrem quando terceiros se envolvem num conflito, apoiando ou atuando como agentes de entendimento, e o tornam público. Uma disputa encerra em seu contexto vários tipos de conflito.<sup>26</sup>

Serpa<sup>27</sup> distingue o conflito da competição. A autora afirma que não é regra geral que todos os conflitos gerem competição. Também conceitua as ações competitivas como aquelas caracterizadas pela semelhança de metas de agentes diferentes e conclui que o conflito pode acontecer mesmo que não exista incompatibilidade de propósitos.

---

<sup>25</sup> RUMMEL apud SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 24.

<sup>26</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 21/22/35.

<sup>27</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 22.

### 1.1.2 Classificações dos conflitos

Os conflitos podem ser classificados, sob o critério da posição dos sujeitos, em intrapessoal, interpessoal e intragrupal. O conflito intrapessoal é o conflito interno pelo qual passa o indivíduo. Normalmente sua resolução se dá pela terapia. O conflito interpessoal surge entre indivíduos que ocupam posições antagônicas, desejosos do mesmo bem. O conflito intragrupal se dá dentro de “uma facção social, política ou do trabalho. Esses conflitos têm como causa principal disposições divergentes, ideológicas ou metodológicas.”<sup>28</sup>

Os conflitos também podem ser classificados quanto ao seu objeto. Dentre os diversos tipos podem ser citados os conflitos internacionais, organizacionais, trabalhistas, comerciais, de consumo, de propriedade e outros.<sup>29</sup>

Quanto à natureza, os conflitos podem ser classificados em conflito de dados – os quais surgem dos problemas na comunicação, como falta de informação, interpretações não homogêneas de dados e outros; conflito de interesses – que ocorrem quando duas pessoas desejam o mesmo bem; conflito de estruturas – causado, além de outros fatores, por “modelos destrutivos de comportamento ou interação”, como “a distribuição de riquezas, posições geográficas, físicas e fatores ambientais que dificultam a cooperação”; conflito de valores – instaurado quando entram em embate princípios, valores diferentes e estilos de vida opostos; conflito de relacionamentos – que surgem quando há diferenças de entendimento causadas pela má comunicação proveniente, por exemplo, de uma forte emoção.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 38.

<sup>29</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 38/39.

<sup>30</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 41.

Quanto à forma, os conflitos podem ser classificados como simples, quando abordam apenas um ponto a ser resolvido ou compostos, quando abordam vários pontos a serem resolvidos.<sup>31</sup>

Quanto aos seus efeitos, os conflitos podem ser classificados como destrutivos – se acontecem quando as partes “estão insatisfeitas com os resultados e se sentem prejudicadas” ou construtivos, se ocorrem quando as partes estão satisfeitas com os resultados alcançados.<sup>32</sup>

Para Serpa<sup>33</sup>, em princípio todos os conflitos podem ser positivos. A autora acredita que a importância da classificação é o reconhecimento de como ocorrem a atuação das partes e a identificação do melhor meio de solucionar a disputa entre elas.

*“Os dois tipos de conflito, construtivo e destrutivo, positivo ou negativo, emergem em função do grau de cooperação e de competitividade das partes dentro do processo de resolução. O processo competitivo adversarial origina vencedores, o processo cooperativo determina ganhadores. É entendido por historiadores e sociólogos, de um modo amplo, que mesmo que uma parte vença a disputa, não logra um conflito construtivo pois a satisfação de objetivos unilaterais ou individuais cristalizam o egocentrismo, auxiliam o totalitarismo e, no tempo, provocam conseqüências sempre destrutivas.”<sup>34</sup>*

---

<sup>31</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 41.

<sup>32</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 42.

<sup>33</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 42.

<sup>34</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 46.

Serpa<sup>35</sup> conclui que nos processos cooperativos não se buscam vítimas e algozes, busca-se resolver o ponto ou os pontos em questão. No processo destrutivo, uma parte ataca a outra; no cooperativo, ambas atacam o problema.

As classificações são instrumentos facilitadores para a compreensão de como os conflitos se instauram, quais são suas causas, sua natureza e suas características. Essa compreensão é uma grande ferramenta que auxilia na tentativa de implementação no seio social de soluções mais eficazes para a efetiva resolução dos conflitos.

### 1.1.3 O fenômeno jurídico com a função de solucionar conflitos

A perspectiva tradicional de estudo do fenômeno jurídico é através da perspectiva da norma, “o direito como conjunto de regras jurídicas”, chamado de direito objetivo. Outra perspectiva é a do direito como poder que cada indivíduo tem sobre seu semelhante, denominado direito subjetivo. O direito privado baseia-se nessa perspectiva; estrutura-se metodologicamente, através dos seus institutos fundamentais, que são os sujeitos, o vínculo e o objeto. Existe a perspectiva de que o direito é expressão de justiça. E ainda a perspectiva de que o fenômeno jurídico é instituição; o direito é organização, que se conceitua como grupo social, dotado de uma ordem jurídica e uma organização específica. Nessa perspectiva o Estado não é a única instituição que produz o Direito e o objetivo do direito é a ordem social, sua estrutura e funções.

Dentre as diversas funções que um Estado deve exercer, destaca-se a função de solucionar os conflitos.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 47.

<sup>36</sup> Para SOLER MIRALLES, apud DINAMARCO, o vocábulo *função* pode ser analisado com base no fenômeno jurídico, em dois prismas: a) “plano da estrutura de uma sociedade.”; b) “atividades desempenhadas por sujeitos individuais.”, Segundo DINAMARCO, uma das funções do estado é a

*“A idéia de função exprime o conjunto de tarefas que se espera realizar com o direito, de acordo com os objetivos e propósitos de ação dos sujeitos jurídicos, que formulam, aplicam ou se utilizam do direito na sua experiência de vida em sociedade. Nesse sentido, as principais funções do direito seriam as de resolver conflitos, as de regulamentar e orientar a vida em sociedade e as de legitimar o poder político e jurídico. Quanto à primeira, o direito atua para solucionar o conflito de interesses ou restaurar o estado anterior. O direito seria então um instrumento de integração e de equilíbrio, oferecendo ou impondo regras de comportamento para a decisão que o caso sugere. O exercício dessa função não levaria, porém, ao desaparecimento dos conflitos, que são inerentes à sociedade. O direito não é uma ordem de paz, mas de conflitos. Desaparecidos estes, desnecessário seria o direito. O direito serve também para orientar o comportamento social, visando evitar os conflitos. O caráter persuasivo das normas jurídicas leva-nos a agir no sentido dos esquemas ou modelos normativos do sistema jurídico. O direito visto desse modo surge como organizador da vida social e instrumento de prevenção de conflitos. O direito tem ainda a função de organizar o poder da autoridade que decide os conflitos, legitimando os órgãos e as pessoas com poder de decisão e estabelecendo normas de competência e de procedimento.”<sup>37</sup>*

Segundo Amaral<sup>38</sup>, o direito na atualidade tem três funções, e todas essas funções devem pautar-se sempre pela busca da concretização da justiça: a) resolver os conflitos de interesses; b) organizar a produção e uma justa distribuição de bens e serviços; c) institucionalizar os poderes do Estado e da administração pública.

---

Jurisdição Estatal. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, nota de rodapé 4, p. 115. Segundo DINAMARCO, o escopo social mais importante das atividades jurídicas do Estado é a eliminação do conflito mediante critérios justos. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, p. 161.

<sup>37</sup> ARNAUD apud AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.9.

<sup>38</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.12.



Conclui o autor que o direito é um instrumento de controle social composto de “normas que representam a escolha que o legislador faz entre diversos valores, como resposta à necessidade de solução dos conflitos ou de organização social”. Valores tais como a justiça, a segurança, o bem comum, a igualdade e a liberdade.<sup>39</sup>

Sauer, apud Alvim<sup>40</sup>, propõe que o processo moldado em função dos valores socialmente dominantes em um dado Estado produz a paz social<sup>41</sup> e gera também a segurança jurídica.

Tradicionalmente, o processo apresenta-se moldado pelos valores das classes dominantes e não pelos socialmente relevantes. Portanto, essa pseudo-paz social e segurança jurídica correm o risco de serem ameaçadas a cada momento. Além do mais, os valores socialmente relevantes são constantemente modificados pela dinâmica natural da vida em sociedade.

Fagúndez<sup>42</sup> diz que o Direito não realiza essa função de solução de conflitos e aponta vários aspectos que não permitem a consecução dessa função. São eles: a) nos sistemas jurídicos faltam procedimentos adequados para a solução dos conflitos mais difíceis; b) as normas não estão aptas a solucionar os problemas centrais da humanidade; c) existe uma ausência de visão sistêmica interdisciplinar ; d) a ausência de um direito eticamente comprometido com a vida. Enfim, falta um direito apto a realizar o seu objetivo maior, que é a concretização da justiça.

---

<sup>39</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.14.

<sup>40</sup> ALVIM, Arruda. op. cit., p.7.

<sup>41</sup> Para Dinamarco, o Estado, quando está legislando ou exercendo a jurisdição, visa “evitar as condutas desagregadoras, estimular as agregadoras, distribuir os bens entre as pessoas – e, por essas formas, criar o clima favorável à paz entre os homens, eliminando as insatisfações.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. op. cit., p. 160.

<sup>42</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000.

Dentre as diversas acepções da palavra justiça, a que mais se difundiu, sendo mesmo adotada pelo Direito, foi a de que quem ganha a causa é quem faz justiça. Logicamente toda relação que tem um ganhador, necessariamente terá um perdedor (o injustiçado, se for assumida essa acepção), o que não incentiva a cooperação entre os indivíduos, antes estimula o aspecto negativo do conflito, que é a competitividade no meio social, além de não realizar a máxima da doutrina tradicional, a qual situa como objetivo central do Direito a viabilização da vida harmônica em sociedade. Ou seja, o Direito acaba sendo um instrumento incentivador dos conflitos e das soluções não cooperativas.

Nas doutrinas clássicas da ciência processual brasileira, vê-se reiteradamente a adoção da ideologia incentivadora do combate, dos vencedores, estabelecendo que quem recorre ao judiciário receberá uma decisão favorável ou contrária à sua tese de argumentação. Exemplifica-se esse entendimento através da citação a seguir:

*“A lei regula conflitos de interesses. Regula-os de modo a distinguir o interesse que deva prevalecer, donde distinguem-se duas faces no conflito de interesses: a do interesse subordinante, ou protegido, e a do interesse subordinado. Em face do respectivo interesse, os sujeitos do conflito se encontram, pois, na situação de titulares de um interesse subordinante ou de um interesse subordinado.”<sup>43</sup>*

O Direito apenas fornece uma resposta ao conflito, sem contudo solucioná-lo. Os litigantes, “quando buscam a interferência de autoridade, já sabem de antemão que um dos dois lados ganhará e outro perderá.”<sup>44</sup>

Para Fagundéz<sup>45</sup>, o Direito só conseguirá superar a crise em que se encontra a partir da adoção de uma visão holística, de integridade, transdisciplinar.

<sup>43</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil 1.º volume*. 21.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 6.

<sup>44</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p.15.

A natureza não precisa ser fragmentada para ser compreendida; “para a resolução dos problemas, a visão de integridade não se satisfaz com as respostas prontas, e nem com os caminhos previamente traçados pela ciência tradicional.”<sup>46</sup>

Para os filósofos pré-socráticos, os conflitos eram fatos da vida, e não eventos patológicos, fazendo parte de um processo rotineiro de integração. Aqueles pensadores possuíam uma visão holística, segundo a qual do confronto se conquistariam as melhores soluções. “Tudo se faz por contraste, da luta dos contrários nasce a mais bela harmonia.”<sup>47</sup> Heráclito<sup>48</sup> afirma que na unidade de todas as coisas existe um equilíbrio inquieto de forças que se harmonizam enquanto se opõem. O cosmos (ou a ordem) é semelhante a um amontoado de dejetos.

Para Heráclito<sup>49</sup>, há harmonia nas coisas porque há acordo dos contrários. Partindo da constatação de que a harmonia existente na natureza é edificada pelos contrários, o autor pondera que o agir humano poderia realizar o mesmo.

*“Talvez ele até tenha sido o primeiro a propor semelhante inter-relação: conectar a unidade de um todo cósmico diversificado com a construção de um ordenamento racional válido para cada um e para todos.”<sup>50</sup>*

*“Para Heráclito o conflito é a regra, sendo que a própria Natureza necessita, e muito, de um tal conflito. ‘O*

---

<sup>45</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. op. cit., p. 14.

<sup>46</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. op. cit., p. 14.

<sup>47</sup> HERÁCLITO DE ÉFESO apud BONHEEIN (org.), *Os filósofos pré-socráticos*. fragmentos 8, São Paulo: Cultrix, 3.<sup>a</sup> ed., 1983, p.20.

<sup>48</sup> SPINELLI, Miguel. *Filósofos pré-socráticos: primeiros Mestres da filosofia e da ciência grega*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p.195.

<sup>49</sup> SPINELLI, Miguel. *Filósofos pré-socráticos: primeiros Mestres da filosofia e da ciência grega*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p.188.

<sup>50</sup> SPINELLI, Miguel. *Filósofos pré-socráticos: primeiros Mestres da filosofia e da ciência grega*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p.188.

*conflito é o pai e o rei de todas as coisas....'. 'O oposto é conveniente, e das coisas diferentes nasce a mais bela harmonia...'. Sem nascimento e perecimento, sem geração e destruição, vida e morte, a perpetuidade do mundo seria insustentável, e, por consequência, a sua própria existência. Sem oposição ou diferenças, também o viver humano seria insustentável, pois desativaria todo o móvel do seu querer e agir(...) Não teriam sabido o nome Justiça, se não fossem estas (coisas – as injustiças). Enquanto nome, ela é uma palavra forte que evoca (em oposição às injustiças) um certo tipo de clamor e de ação, como uma fórmula ou sentença (pela qual se prescreve uma retitude). É, desse modo, um bom exemplo de como o conflito é a fonte primeira da sabedoria existencial, o móvel ativador da regulamentação normativa do bem viver.”<sup>51</sup>*

Davi, apud Fagúndez<sup>52</sup>, compara as formas ocidentais de solução de conflitos que primam pelo antagonismo latente entre os litigantes e as formas orientais que privilegiam as soluções edificadas através da conciliação dos litigantes.

É inegável a necessidade da presença da Jurisdição Estatal como uma das formas de solução de conflitos – que detém no Brasil o monopólio das soluções de conflitos cujo objeto é de natureza indisponível. Entretanto, um repensar da idéia de embate entre os litigantes é fundamental, pois a paz deve ser conquistada com a participação de todos os sujeitos interessados. A simples prolação de uma sentença não significa a solução de um conflito. É apenas uma

<sup>51</sup> SPINELLI, Miguel. *Filósofos pré-socráticos: primeiros Mestres da filosofia e da ciência grega*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p.196.

<sup>52</sup> DAVI apud FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000, p. 29. “Diferentemente dos ocidentais, os povos do Extremo Oriente não depositam a sua confiança no direito para assegurar a ordem social e a justiça. Certamente que neles existe um direito, mas este direito não tem senão uma função subsidiária, não desempenha senão uma função menor; os tribunais apenas se pronunciam, as próprias leis apenas são aplicadas se, pelo recurso a outros meios, não se conseguir eliminar os conflitos e restabelecer a ordem perturbada. As soluções precisas que o direito comporta, o recurso à coerção que ele implica são vistos com um extremo desfavor; a preservação da ordem social repousa essencialmente sobre métodos de persuasão, sobre técnicas de meditação, sobre um apelo constante à autocrítica, por um lado, e ao espírito de moderação e de conciliação, por outro.”

declaração de qual foi a tese vitoriosa em juízo, que instiga o espírito combativo dos seres humanos. Seria muito válido que cada vez mais as soluções fossem construídas conjuntamente entre as partes e não apenas impostas. A busca pela paz social requer a participação de todos os interessados.

#### 1.1.4 O movimento de acesso à justiça e a solução de conflitos.

Para Alvim<sup>53</sup>, apenas os conflitos de interesses que “guardam alguma significação, num dado meio social, é que são aportados ao Judiciário.” Ele explana ainda que conflitos sem importância no passado podem passar a ter significação no futuro, citando como exemplo a criação dos Juizados de Pequenas Causas.

Entretanto, tal visão é absurdamente simplista, pois não é que esses conflitos não tenham tido sua importância no passado e hoje a tenham. Apenas inexistia um instrumental adequado para esses conflitos e para os litigantes de pequena monta que tinham como maiores empecilhos ao acesso dos seus conflitos ao Judiciário as custas judiciais e os honorários advocatícios.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, arts. 1.º ao 6.º do CPC. 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 6.

<sup>54</sup> Outros apontamentos importantes devem ser feitos acerca dos motivos que atrapalham o efetivo acesso à justiça, tais como: a) recursos financeiros dos litigantes – “pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio”; b) falta de conhecimento técnico dos consumidores - “alguns consumidores não possuem conhecimento jurídico básico, não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção.”; c) a barreira psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais - “procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.”; d) demandas de direitos não tradicionais – “é difícil ‘mobilizar’ as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais. Dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera.”; e) litigantes eventuais e litigantes habituais – “as vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; 5) pode testar estratégias com determinados casos, de

Cappelletti<sup>55</sup> enumera entre os direitos não tradicionais o direito dos inquilinos e acrescenta que a conquista da representação jurídica para os direitos difusos (dentre eles, a proteção ambiental, o direito do consumidor e a proteção dos inquilinos) é um dos momentos do movimento de acesso à justiça<sup>56</sup>. Alcançar a efetividade desses novos direitos é algo bastante complexo<sup>57</sup>, pois requer a criação de um instrumental processual adequado a essas demandas e a adequação do direito material e do direito processual, além de uma mudança de mentalidade dos aplicadores do direito e a mobilização das pessoas para a busca desses novos direitos por via judicial.

No mundo contemporâneo, há uma forte tendência à maior incorporação de normas de direitos materiais destinadas aos hipossuficientes, nos sistemas jurídicos, mas para que ocorra o acesso efetivo a esses novos direitos é necessária uma alteração no “método de outorga da prestação jurisdicional,”<sup>58</sup> como no caso brasileiro da criação dos órgãos de defesa do consumidor.

Além do sistema judiciário, é “necessário um sistema de solução de litígios mais ou menos paralelo, como complemento, se devemos atacar,

---

modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.” CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.21/26.

<sup>55</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 69/70/71.

<sup>56</sup> Os outros momentos do movimento de ‘acesso à justiça’ apud Cappelletti seriam, em primeiro lugar, a conquista da assistência judiciária gratuita para os hipossuficientes e, na atualidade, a tentativa de “atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”. Para o autor, o momento atual é uma “síntese dos dois momentos anteriores.” CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

<sup>57</sup> Galanter alerta que o “sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível de ordenamento sem que isso corresponda à mudança na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens.” GALANTER apud CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 68.

<sup>58</sup> “A criação de um tribunal de locações poderia aliviar os tribunais regulares.” CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 75.

especialmente ao nível individual, barreiras tais como custas, capacidade das partes e pequenas causas.”<sup>59</sup>

## 1.2 Conflitos advindos das relações locatícias.

O Código Civil Brasileiro enumera três espécies de locação: de serviço (art. 1.216), de empreitada (art. 1.237) e de coisa (art. 1.188).

A locação de serviços, pelos dispositivos da lei civil, trata de serviços profissionais, serviços intelectuais, serviços manuais (industriais, rurais e domésticos), de transporte (terra, água, ar) e empreitada.<sup>60</sup>

A empreitada pode ser para execução de obra ordenada pelo empreiteiro ou parceria rural.<sup>61</sup>

Segundo o artigo 1.188 do Código Civil, na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

---

<sup>59</sup> “As colocações a seguir tendem a aceitar as limitações das reformas dos tribunais regulares e, como consequência, envolvem a criação de alternativas, utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais. Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais.” CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 75.

<sup>60</sup> PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 161.

<sup>61</sup> PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 161. Ao longo da história a locação de serviço tomou-se específica para cada caso, havendo hoje: “a) o contrato de trabalho, regido pelo direito trabalhista, inicialmente caracterizado como legislação social; b) o contrato de transporte terrestre, marítimo e aéreo, cada um regulado de forma especial, principalmente o último, que faz parte do Código Brasileiro de Aeronáutica, como integrante do direito aeronáutico; c) os demais contratos derivados, tais como a empreitada, a sociedade, o mandato, a gestão de negócios, a edição, a representação dramática, a parceria, a mediação, o depósito, a locação comercial, etc.” PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 161-162.

Enquadram-se nessa categoria as coisas móveis e imóveis. A locação das primeiras é regulada pelos artigos 1.188 a 1.199 do Código Civil e a das últimas, pela lei 8.245/91.

Dentre as espécies de locação, apenas será abordada a locação de imóveis urbanos e seu regime jurídico específico, a lei 8.245 de 1991.<sup>62</sup>

Os imóveis podem ser catalogados como rurais (rústicos) ou urbanos. Os rústicos são os imóveis localizados na cidade ou no campo, que tenham por finalidade primordial a agricultura.<sup>63</sup> Os imóveis urbanos são os que se destinam à habitação, ao comércio, à indústria, à educação, à saúde, ao lazer, à cultura, ao entretenimento, ao esporte, enfim, a quaisquer atividades, exceto as agrícolas.<sup>64</sup>

Os imóveis abrangidos pelo regime jurídico da lei 8.245/91 são os residenciais, os locados para temporada, aqueles que são objeto de locação empresarial, os destinados à saúde ou ensino, os situados em shopping center, os locados a pessoa jurídica e os não-residenciais, conforme os artigos 47 a 56 da referida lei.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Não serão objeto de estudo as locações de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas, por serem pertinentes ao Direito Administrativo, e também as locações: de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; de espaços destinados à publicidade; em apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, o arrendamento mercantil, conforme o artigo primeiro da lei 8.245/91. BRASIL. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar. Institui o Código Civil Brasileiro. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 211, p. 601.

<sup>63</sup> “Não é a situação do imóvel que qualifica o prédio em rústico ou urbano, mas a finalidade natural que decorre de seu aproveitamento, dando-se a distinção mais pelo uso, a qualidade do sujeito, a comodidade e destinação do que pela matéria e forma de qualquer edificação.” (JTACivSP – Lex 145/341) SANTOS, Gildo dos. *Locação e Despejo comentários à lei 8.245/91*. 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

<sup>64</sup> SANTOS, Gildo dos. *Locação e Despejo. comentários à lei 8.245/91*. 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

<sup>65</sup> BRASIL. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar. Institui o Código Civil Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 211, p. 609-612. Para Pacheco, uma divisão necessária seria separar os contratos de locação de imóveis do inquilinato sem casa própria dos outros contratos de locação de imóveis, estabelecendo um regime jurídico próprio para o “contrato do inquilinato” e partindo do pressuposto de que ao Estado não



*“A ampliação das locações excluídas revela, ainda, a opção legislativa de disciplinar o contrato de locação tendo em conta o seu aspecto funcional, reunindo sob o mesmo estatuto apenas as espécies locatícias que regulam interesses considerados dignos de tutela diferenciada pelo sistema constitucional, como a moradia, o fundo de comércio, a empresa como instituição social geradora de empregos – e que contribui para o desenvolvimento da economia do país. Inexistindo tais finalidades, dispensa o legislador a proteção especial da lei em exame.”<sup>66</sup>*

A construção de soluções para a questão habitacional no Estado Brasileiro é central. Na atualidade a despesa com a habitação é uma das mais onerosas para os cidadãos. Fora isso, nos últimos anos, a zona urbana tem sofrido um acréscimo de população. Esse acréscimo agrava ainda mais o problema do déficit habitacional, faltando moradias.<sup>67</sup>

*“A locação de imóveis urbanos traduz relação locatícia inteiramente sujeita à intervenção estatal, levada a cabo através de sucessivas leis especiais, tendo em vista as pressões econômicas derivadas do fluxo migratório em direção às cidades, retrato da decadência da*

---

cabe proteger o inquilino em face do locador, nem este em face do locatário, mas simplesmente o morador, em face da falta de moradia e da necessidade de morar, dentro do seu orçamento familiar. PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 161-177. De maneira inovadora, pretende o legislador estimular a formação de vínculos contratuais de longa duração, também no caso de locações residenciais, vindo alcançar uma maior estabilidade do inquilino em sua moradia. TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1.º a 26). In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 148.

<sup>66</sup> TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1.º a 26). In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 141/142.

<sup>67</sup> “Com a recessão econômica verificada na década de 80, foi decrescendo o ritmo de construção de moradias: em 1981 e 1982, o SFH financiou, em média, 500 mil unidades por ano; no primeiro semestre de 1986, a produção foi de apenas quatro mil unidades, para uma população que crescia em 400 a 500 mil habitantes por ano, o que punha em evidência a necessidade de construir, no último quartel deste século, pelo menos 14 ou 15 milhões de unidades, ou seja, cerca de um milhão de moradias por ano.” PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 169.

*agropecuária, daí resultando o chamado êxodo rural e a inevitável escassez de imóveis urbanos.*<sup>68</sup>

O direito à habitação é fundamental, tal como a educação, a alimentação, o trabalho e o vestuário – compondo as exigências fundamentais à vida.<sup>69</sup>

As leis habitacionais brasileiras sempre tiveram dificuldades em conseguir conciliar os interesses dos contraentes em matéria locacional,<sup>70</sup> pois a legislação deve proteger o inquilino sem casa própria e com orçamento familiar, muitas vezes insuficiente para as despesas ordinárias; deve, também, ter a preocupação de não prejudicar o outro, que aluga ou subloca para reforçar o seu orçamento familiar.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1.º a 26). In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 139.

<sup>69</sup> PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 61.

<sup>70</sup> O Código Civil Brasileiro foi redigido no final do século XIX e reproduzia as condições sócio-econômicas daquele contexto histórico. A economia brasileira era essencialmente agrária, dominada pelos latifúndios rurais e pelo predomínio, no campo filosófico, do pensamento liberal, da concepção de propriedade como expressão e extensão da personalidade e da liberdade do homem. O legislador, refletindo o momento histórico em que estava inserido, privilegiou o “contratante-proprietário” em relação ao “contratante-não proprietário.” A preocupação maior era a salvaguarda do patrimônio, cujo exercício contratualmente se transfere. O direito civil era o direito essencialmente disciplinador das relações patrimoniais do proprietário. A estrutura do contrato de locação foi inteiramente moldada, segundo o Código Civil, pela ascendência dos direitos do locador, dada a sua qualidade de proprietário. TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1.º a 26). In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 139.

<sup>71</sup> No período de 1922 a 1930, as normas implementaram a intervenção do Estado no campo das locações, principalmente controlando o aluguel. De 1930 a 1942, diante da recessão econômica, houve um retomo das normas do Código Civil. De 1942 a 1964, o Estado interveio no campo das locações, principalmente controlando o aluguel. De 1964 a 1979, a tendência foi estimular a construção civil, com a liberalização do aluguel, para que fosse corrigido e atualizado. De 1979 a 1991, a tendência foi o controle e congelamento do aluguel e a suspensão ou sustação do despejo. As normas realizadas no Estado Brasileiro que tratam da matéria locação a partir de 1921 mutilaram o contrato tradicional, com a interferência do Estado e inoculações de natureza social. O Estado vem intervindo nas relações jurídicas dos indivíduos relativas à habitação, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 161, 188-189.

A lei 8.245 de 1991 buscou aliar a questão da função social da propriedade<sup>72</sup> e o papel da moradia constitucionalmente garantido com o respeito à autonomia contratual (liberdade contratual e obrigatoriedade do contrato), buscando dinamizar o setor, estimular novas construções e aumentar a oferta de imóveis para a locação, fatores indispensáveis à regulação do mercado locatício.<sup>73</sup>

*“Os elementos essenciais do contrato de locação são: a) o acordo das partes, pessoas físicas ou jurídicas, na posição de locador e de locatário, que manifestam a sua vontade, consentindo de modo expresso ou tácito, anuindo no ajuste, na avença, na convenção e assumindo as respectivas obrigações; b) a cessão de uso temporário de imóvel urbano, por prazo determinado ou indeterminado; e c) o aluguel, como preço ou remuneração do referido uso.”<sup>74</sup>*

Do contrato de locação deriva o direito subjetivo (tanto do locador como do locatário), a pretensão dos mesmos relativamente às prestações recíprocas e a ação, no caso de descumprimento por qualquer uma das partes.<sup>75</sup>

Através da negociação, os contraentes estipulam as regras atinentes ao contrato de locação, firmando nessa negociação o valor do aluguel, o objeto da locação, a garantia locatícia, os encargos e as demais cláusulas. Esse contrato

---

<sup>72</sup> A propriedade não é mais considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 273.

<sup>73</sup> TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 137-138.

<sup>74</sup> PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 240.

<sup>75</sup> PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 94. O direito subjetivo é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento, figura típica da relação de direito privado. Denomina-se subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se em um poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito objetivo. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 183.

deve necessariamente respeitar as regras previstas na lei 8.245/91 e demais normas do ordenamento jurídico brasileiro relativas à matéria.

O conflito locatício pode ocorrer no momento em que se está firmando o contrato entre os contraentes e durante a vigência do contrato de locação – sendo que os conflitos não solucionados durante a vigência do contrato podem perdurar até depois de terminada a relação locatícia. Esses conflitos normalmente surgem por causa do descumprimento das cláusulas contratuais ou por descumprimento da legislação por parte dos contraentes.

Toda pessoa tem direito de escolher a sua habitação e os direitos e obrigações entre locador e locatário devem ser equilibrados<sup>76</sup>; entretanto, historicamente, nem sempre as relações locatícias previstas nos ordenamentos jurídicos primavam pelo equilíbrio<sup>77</sup>. O constante desequilíbrio previsto nas legislações serve como mais uma fonte de conflitos entre os contraentes, dificultando essa relação tão delicada.

Serpa<sup>78</sup> inclui no rol dos conflito de propriedade as questões entre inquilino e proprietário. Para a autora, esses conflitos têm como objetos principais as revisões contratuais de locação e as questões possessórias.

---

<sup>76</sup> PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 94.

<sup>77</sup> Na Roma antiga, para quase cinqüenta mil casas alugadas, somente havia cerca de mil e oitocentas residências próprias. O direito romano deu a sua solução, pondo-se do lado dos locadores. Daí as relações entre locadores e locatários terem sido como que transformadas em relações entre senhores e súditos. Mas a vida social continuou, e sob as leis sociológicas, os fatos tiveram de seguir outras linhas diretivas do pensamento jurídico, que bem se observam no direito afonsino, manuelino e filipino da locação, a que sucedeu o Código Civil e as leis de emergência sobre locação de prédios urbanos. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, tomo XL*. 3.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 6.

<sup>78</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 38.

Conforme disposto na lei 8.245/91, a locação de imóveis urbanos pode ter finalidade residencial e não residencial, estabelecendo a legislação regras próprias para cada tipo de locação.

O contrato de locação pode ser firmado por mais de um locador ou mais de um locatário, e no caso do contrato ser silente quanto às obrigações, entende-se serem elas solidárias entre os sujeitos que participam do mesmo pólo da relação locacional (art. 2, lei 8.245/91).

Há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigado à dívida toda (art. 896, parágrafo único do Código Civil Brasileiro).

Para repelir a solidariedade os contraentes devem incluir uma cláusula no contrato que expressamente afaste a mesma e o contrato deve ser assinado por todos os contraentes ou por quem os represente, com poderes especiais. No contrato de locação verbal, havendo pluralidade subjetiva, existirá sempre solidariedade. “No caso da locação, há um elemento complicador. É que a solidariedade é legal, e para ser afastada, precisa haver cláusula expressa quando da celebração do contrato.”<sup>79</sup>

A legislação prevê a possibilidade da autonomia dos contraentes na estipulação do aluguel, vedando apenas a estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo (art. 17, lei 8.245/91). Entretanto, o artigo específico (art. 85, lei 8.245/91) que trata da locação residencial estabelece que essa liberdade da convenção do aluguel refere-se apenas ao preço, periodicidade<sup>80</sup> e indexador de reajustamento.

---

<sup>79</sup> SOUZA, Silvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 18.

<sup>80</sup> Conforme o artigo 28, parágrafo primeiro da lei 9.069 de 1995, é nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito qualquer cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um

Havendo mútuo acordo, os contraentes podem inserir ou modificar cláusula de reajuste a qualquer tempo. Após três anos de vigência do contrato, o locador ou o locatário poderá pedir revisão judicial do aluguel a fim de ajustá-lo ao preço de mercado (arts. 18 e 19, lei 8.245/91). O aluguel não pode ser cobrado antecipadamente, prevendo a lei apenas duas exceções a essa regra: na locação por temporada, ou se não foi dada garantia (art. 20, lei 8.245/91).

Se a locação não se enquadrar nas exceções acima citadas e o locador exigir no contrato o pagamento antecipado dos aluguéis, ele poderá sofrer a punição prevista no artigo 43, inciso III, da lei 8.245/91.<sup>81</sup>

O art. 21 estabelece que o aluguel da sublocação não poderá exceder o da locação; nas habitações coletivas multifamiliares, a soma dos aluguéis não poderá ser superior ao dobro do valor da locação. O descumprimento desse artigo autoriza o sublocatário a reduzir o aluguel até os limites nele estabelecidos, e o contraente que realiza essa prática abusiva também está sujeito à pena prevista no artigo 43, inciso I, da lei 8.245/91.

No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário uma garantia. As garantias previstas na lei são fiança, caução e seguro de fiança locatícia; o locador não pode estabelecer mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.<sup>82</sup> Salvo disposição contratual em contrário, qualquer

---

ano. BRASIL. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar. Institui o Código Civil Brasileiro. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.655.

<sup>81</sup> Artigo 43 - Constitui contravenção penal, punível com prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do locatário: III - cobrar antecipadamente o aluguel, salvo a hipótese do artigo 42 e da locação para temporada. BRASIL. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar. Institui o Código Civil Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 608.

<sup>82</sup> Artigo 43 (caput – citado na nota de rodapé 76): II- exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação. BRASIL. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar. Institui o Código Civil Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 608.

uma das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel. Não estando a locação garantida por qualquer das modalidades, o locador poderá exigir do locatário o pagamento do aluguel e encargos até o sexto dia útil do mês vincendo. (arts. 37, 38 e 42, lei 8.245/91).

A caução poderá ser em bens móveis e imóveis<sup>83</sup>. A mais comum é a caução em dinheiro, que não poderá exceder o equivalente a três meses de aluguel.

Das modalidades de garantia previstas na lei, a mais utilizada nas locações residenciais é a fiança. O contrato de fiança dá-se quando uma pessoa se obriga por outra, para com o credor desta, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra. As regras gerais sobre o instituto da fiança estão previstas nos artigos 1.481 a 1.504 do Código Civil Brasileiro.

A lei 8.245/91 estabelece apenas os casos em que o locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia. (artigo 40)

O seguro de fiança locatícia é muito comum nos contratos de locação comercial. Conforme determina o artigo 41 da lei 8.245/91, o seguro de fiança locatícia abrangerá a totalidade das obrigações do locatário.

A ação do locador para reaver o imóvel é sempre de despejo e pode ser cumulada com a cobrança de aluguéis e encargos. (art. 5.º, lei 8.245/91)

O aluguel pode ser fixado por qualquer prazo. No entanto, se for igual ou superior a dez anos será necessário o consentimento do cônjuge. Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, o locador não poderá reaver o imóvel

---

<sup>83</sup> A caução em bens móveis deverá ser registrada em Cartório de Títulos e Documentos; a caução em bens imóveis deverá ser averbada à margem da respectiva matrícula. BRASIL. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar. Institui o Código Civil Brasileiro. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 607/608, artigo 38.

locado. O locatário poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada e na falta desta, a que for judicialmente estipulada.<sup>84</sup> Nas locações sem prazo estipulado, o locatário deve avisar por escrito com antecedência mínima de trinta dias a sua intenção de resilir o contrato.<sup>85</sup>

A alienação do imóvel na vigência do contrato de locação gera o rompimento do mesmo – e o adquirente poderá denunciar o contrato com o prazo de noventa dias para a desocupação – exceto se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação averbado junto à matrícula do imóvel. (art. 8.º, lei 8.245/91)

Durante a vigência do contrato de locação, ocorrendo o falecimento do locador, a locação transmite-se aos herdeiros, mas se o falecido for o locatário haverá a sub-rogação de direitos e obrigações. (art. 10 e art. 11, lei 8.245/91)

Existem dois requisitos para que na locação residencial seja concedida a sub-rogação de direitos e obrigações: a) dependência econômica do *de cujus* e b) ser residente no imóvel.

---

<sup>84</sup> A multa deve ser pactuada segundo a proporção prevista no artigo 924 do Código Civil - quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento. De maneira generalizada, a multa, quando contratada, é equivalente a três meses do aluguel vigente à época da infração. SANTOS, Gildo dos. *Locação e Despejo. comentários à lei 8.245/91*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42. O locatário ficará dispensado da multa se a devolução do imóvel decorrer de transferência, pelo seu empregador, privado ou público, para prestar serviços em localidades diversas daquela de início do contrato, e se notificar, por escrito, o locador com prazo de, no mínimo, trinta dias de antecedência. BRASIL. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar. Institui o Código Civil Brasileiro. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 603, artigo 4.º, parágrafo único. A forma de dissolução do contrato prevista nesse artigo é a rescisão unilateral.

<sup>85</sup> Na ausência do aviso, o locador poderá exigir quantia correspondente a um mês de aluguel e encargos, vigentes quando da rescisão. BRASIL. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar. Institui o Código Civil Brasileiro. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 603, artigo 6.º, parágrafo único. A forma de dissolução do contrato prevista nesse artigo é a rescisão unilateral.



Na locação não residencial, fica sub-rogado o espólio e se for o caso, o sucessor de negócios.<sup>86</sup>

Quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal, durante a vigência do contrato de locação, a locação permanece automaticamente com o cônjuge, ou companheiro, que permanecer no imóvel. Entretanto, a lei prevê a obrigatoriedade de ser comunicada por escrito a ocorrência da sub-rogação, tendo o locador o direito de exigir, no prazo de trinta dias, a substituição do fiador ou oferecimento de qualquer das garantias previstas na lei. (art. 12, lei 8.245/91)

A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador. (art. 13, lei 8.245/91).

O citado artigo abrange três institutos jurídicos diferentes: a cessão, a sublocação e o empréstimo.

A cessão é um ato de transferência total de direitos e obrigações. “Na cessão do contrato, o primitivo locatário, que é o cedente, é expelido da relação obrigacional, passando o cessionário a ocupá-la, sub-rogando-se nos direitos e deveres decorrentes do contrato. Não persiste qualquer vínculo entre o cedente e o locador, ocorrendo verdadeira substituição subjetiva, na relação contratual.”<sup>87</sup> A cessão é muito comum nos contratos não-residenciais.

A sublocação é um contrato acessório vinculado à locação, que é o contrato principal. Se o contrato de locação contiver alguma deformidade geradora

---

<sup>86</sup> Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub-rogado no direito à renovação do contrato, desde que continue no mesmo ramo. BRASIL. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar. Institui o Código Civil Brasileiro. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 609, artigo 51.º, parágrafo terceiro.

<sup>87</sup> SOUZA, Silvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 69.

de nulidade relativa ou absoluta, tal falha atingirá obrigatoriamente a sublocação. Dissolvendo-se a locação, necessariamente ocorre a resolução do contrato de sublocação. Independente de qual seja o motivo da dissolução contratual, a lei assegura o direito de indenização do sublocatário contra o sublocador. A indenização é cabível, por exemplo, nos casos de benfeitorias realizadas pelo sublocador.

Na hipótese de que o locatário não pague o que deve ao locador, poderá o sublocatário responder subsidiariamente perante o locador pela importância que dever ao sublocador.<sup>88</sup>

Nessa hipótese existem dois vínculos jurídicos: um entre o locador e o locatário-sublocador, e outro entre o sublocador e o sublocatário. “Mesmo em ocorrendo sublocação total, persiste a responsabilidade do sublocador perante o locador, quanto ao cumprimento de todas as obrigações resultantes do contrato.”<sup>89</sup>

No caso de sublocação total consentida, o sublocatário tem direito de preferência para a aquisição do imóvel. Se forem vários os sublocatários, a preferência caberá a todos, em comum, ou a qualquer deles, se um só estiver interessado (art. 30, lei 8.245/91).

Aplicam-se às sublocações, no que couber, as disposições relativas às locações (art. 14, lei 8.245/91).

O empréstimo é um instituto jurídico similar à sublocação, a distinção está apenas no caráter não oneroso do empréstimo.

---

<sup>88</sup> “Aluguéis e encargos que se forem vencendo durante o processo judicial contra o inquilino também devem ser atendidos pelo sublocatário por essa responsabilidade que a lei lhe impõe, e os pagamentos que assim fizer podem ser opostos ao seu sublocador como verdadeira quitação do crédito deste.” SANTOS, Gildo dos. *Locação e Despejo comentários à lei 8.245/91*. 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

<sup>89</sup> SOUZA, Sílvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 70.

Se qualquer uma dessas figuras jurídicas for realizada sem autorização do locador (à revelia do mesmo), está configurado o inadimplemento legal e/ou contratual.

A demora do locador em manifestar sua oposição às figuras jurídicas relacionadas acima não é presunção de consentimento, haja vista que é muito comum o locador demorar a tomar conhecimento dos fatos; a demora nessa hipótese é produto do desconhecimento da situação.

O locatário deve notificar por escrito o locador quando da feitura de qualquer uma das figuras jurídicas citadas acima; o locador terá o prazo de trinta dias para manifestar formalmente a sua oposição.

Os ocupantes de habitações coletivas multifamiliares presumem-se locatários ou sublocatários (art. 2, parágrafo único, lei 8.245/91). O objetivo da norma acima citada é inverter o ônus da prova a favor do hipossuficiente, pois como a experiência revela, as locações em imóveis coletivos, em sua expressiva maioria, são verbais e sem recibo de pagamento de aluguel.<sup>90</sup>

Os ocupantes possuem o direito de depositar judicialmente o aluguel e encargos se a construção for considerada em condições precárias pelo Poder Público. Constitui crime de ação pública recusar-se o locador ou sublocador, nas habitações coletivas multifamiliares, a fornecer recibo discriminado de aluguel e encargos. (art. 24, e art. 44, inciso I, lei 8.245/91)

---

<sup>90</sup> “Desenvolveu-se nas grandes cidades brasileiras uma execrável ‘indústria dos cortiços’, com a qual enriqueceram muitos locadores e sublocadores, cujas rendas, cada vez mais elevadas, ainda ficavam a salvo da incidência fiscal, já que era comum a não-declaração dos aluguéis pagos, todos sem recibo. Esse fenômeno é um dos piores reflexos do déficit habitacional, que obriga milhares de famílias a se amontoarem, em lamentável promiscuidade e falta de higiene, em espaços cada vez menores, favorecendo uns poucos exploradores da miséria.” SOUZA, Silvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 21.

### **1.2.1 Conflitos advindos das relações locatícias da prática de infração legal ou contratual pelo locador**

O contrato de locação é consensual, bilateral, oneroso e contínuo. Consensual, pois há a proposta e a aceitação: ocorre o acordo, a concordância dos termos ajustados; bilateral, pois há prestação e contraprestação dos contraentes, o que importa em reciprocidade de obrigações; oneroso, pois há obrigações patrimoniais de ambos os contraentes; contínuo, pois é de vigência sucessiva.

O contrato de locação, para ser considerado válido, deve contar com o consentimento das partes, que devem ser capazes, sendo o objeto negociado necessariamente lícito.

Quanto à formação do vínculo, o caráter consensual e não solene do contrato de locação o faz prescindir de maiores exigências na fase genética.<sup>91</sup>

Durante a fase genética o assessoramento para firmar o contrato é mais importante. Nessa fase é muito comum o locatário assinar o contrato numa agência de imóveis sem discutir as cláusulas estabelecidas nesse instrumento contratual, tornando o contrato de locação, muitas vezes, um verdadeiro “contrato de adesão” para o locatário.<sup>92</sup> Normalmente é afetado o equilíbrio contratual, e muitas vezes o locatário não tem perfeito conhecimento das cláusulas firmadas.

---

<sup>91</sup> TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1.º a 26). In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 146.

<sup>92</sup> Numa pesquisa realizada na Austrália, “a conclusão foi a de que uma maioria previsível de entrevistados tendia a obter aconselhamento jurídico em áreas tradicionalmente associadas com a prática da advocacia liberal. Praticamente todas as pessoas que compram uma casa procuram um advogado para concretizar a escritura. Aqueles que enfrentam problemas de família geralmente se dirigem a um advogado. Por outro lado, inquilinos que enfrentam problemas bastantes sérios com seus locadores relutam em buscar aconselhamento jurídico e apenas em raras exceções tomam a iniciativa de pedir assessoramento a um advogado antes de firmar o contrato. Os consumidores que verificam ter comprado um artigo defeituoso tentam resolver o assunto sozinhos, e muito raramente consultam um advogado.” CASS apud CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p 24/25.

O consentimento há de se referir à locação e às suas condições: objeto, aluguel, obrigações, encargos, prazo, reajuste e demais cláusulas. Ele deve ser dado sem vício. O dolo, o erro, a violência e a incapacidade invalidam o contrato, sujeitando-o às regras pertinentes.<sup>93</sup>

O direito do locatário é dirigido contra o locador; e a sua pretensão é a de que lhe entreguem a coisa e lhe assegurem o uso efetivo.<sup>94</sup>

O locatário, assinado o contrato de locação, tem o direito de exigir a entrega do prédio. O locatário poderá pleitear, diante de qualquer infração legal ou contratual do locador, a resolução do contrato, cumulada com as perdas e danos cabíveis.

O locador é obrigado a: a) entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina<sup>95</sup>; b) garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado; c) manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel; d) responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação; e) fornecer ao locatário, caso este solicite, descrição minuciosa do estado do imóvel, quando de sua entrega, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes; f) fornecer ao locatário recibo discriminado das importâncias por este

---

<sup>93</sup> PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 164.

<sup>94</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, tomo XL*. 3.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 8. Sendo a locação a cessão temporária e onerosa da posse de coisa não-fungível, não se alcançaria o seu objetivo sem a tradição do imóvel. SOUZA, Silvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.<sup>o</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 93.

<sup>95</sup> A entrega do imóvel não é condição do nascimento do contrato. "O contrato é consensual, e nasce no momento em que as partes concordam quanto à coisa e às condições sendo irrelevante, para a sua formação, a entrega do imóvel." Na locação residencial, deve o imóvel estar em perfeitas condições de habitabilidade e na locação comercial ou industriais "será preciso, ainda, que no local sejam toleradas tais atividades, para que o locatário as possa exercer, normalmente." SOUZA, Silvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 93/94.

pagas, vedada a quitação genérica<sup>96</sup>; g) pagar as taxas de administração imobiliária, se houver, e de intermediações – nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador;<sup>97</sup> h) pagar os impostos e taxas<sup>98</sup>, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato; i) exhibir ao locatário, quando solicitado, os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas e j) pagar as despesas extraordinárias de condomínio.<sup>99</sup> (art. 22, lei 8.245/91)

No caso de inadimplemento de uma das obrigações previstas na lei ou no contrato, poderá a outra parte requerer a rescisão do contrato. Entretanto, nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. (art. 1.092, Código Civil)

*“O locatário pode, também, pleitear a redução do aluguel, baseado na deterioração do prédio, sem culpa sua. Se, porém, em face do perecimento do prédio, já não servir para o fim a que se destinava, o locatário pode pedir a resolução do contrato. Se o perecimento for total, o contrato se extingue por falta de objeto, resolvendo-se as perdas e danos, de acordo com a culpa de quem causou a perda do bem. Se não houver culpa, não há composição de prejuízos. Se houver desapropriação, pode romper-se o contrato, mas responde expropriante pelos danos que ocorrerem, tendo em vista o restante do prazo contratual. Cabe-lhe ação possessória contra o terceiro que lhe turbe ou*

---

<sup>96</sup> De acordo com os artigos 939 e 940 do Código Civil, que estabelece o direito do devedor a quitação regular.

<sup>98</sup> Os impostos e taxas podem ser repassados ao locatário, através de expressa disposição contratual. Os impostos e taxas, quando repassados ao locatário, deverão ser pagos pontualmente, e o não pagamento caracteriza inadimplemento contratual. (art. 25, lei 8.245/91)

<sup>99</sup> “Despesas extraordinárias são aquelas que fogem ao previsível e que não estejam elencadas no orçamento do condomínio, aprovado pelos condôminos, quando da assembléia geral. Decorrem, em geral, de casos fortuitos, ou da necessidade de reparar danos imprevistos.” SOUZA, Sílvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 109.

*esbulhe a posse. Pode reter o prédio, no caso de benfeitorias necessárias ou no caso de benfeitorias úteis, feitas com o expresse consentimento do locador. Tem ação para obrigar o locador a fazer os reparos necessários no imóvel ou a fazer tudo aquilo que, pelo contrato ou por lei, deve o locador fazer. Pode, ainda, pedir a restituição da importância que despendeu nas obras necessárias feitas no prédio por conta do locador. Cabe-lhe, também, a ação de consignação de aluguéis, se o locador se recusar a recebê-los. Tem, ainda, o direito de purgar a mora, nos casos legais.”<sup>100</sup>*

No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos, ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca. (art. 27, lei 8.245/91)

A lei 8.245/91, no seu artigo nono, prescreve quatro formas em que se admite a dissolução do contrato de locação: a) por mútuo acordo; b) em decorrência da prática de infração legal ou contratual; c) em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos; d) para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las.

A dissolução do contrato de locação através do mútuo acordo é uma forma de distrato (resilição bilateral). Poderá o mútuo acordo ser atacado por qualquer das partes, sob a alegação de vício de consentimento, cabendo o ônus da prova a quem o alega. É possível inserir cláusula penal para a hipótese de não-cumprimento das obrigações assumidas pelo distrato.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 97.

<sup>101</sup> SOUZA, Silvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 54/55.

A dissolução do contrato de locação pela prática de infração legal ou contratual é uma forma de rescisão. O contrato de locação é consensual, prevendo obrigações para todos os contraentes. As obrigações são previstas na lei 8.245/91 e no instrumento contratual ratificado pelos contraentes. Quando as obrigações avençadas no contrato ou as obrigações previstas na lei são descumpridas, cabe à parte lesada o direito de resilir o contrato. As infrações podem ser cometidas por qualquer um dos contraentes. O fato de o infrator, no curso da ação, fazer cessar a infração, não impede a dissolução do contrato previsto na lei 8.245/91. Muitas vezes, as obrigações são legais e contratuais simultaneamente, pois já estavam previstas na lei e foram novamente citadas no instrumento contratual.

A dissolução do contrato de locação para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público (que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las), visa atender a segurança do locatário, no caso em que há risco.

A dissolução do contrato em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos é uma forma de rescisão. A falta de pagamento é uma infração legal e contratual simultaneamente. Ela gera o direito de o locador poder pedir a rescisão do contrato através da ação de despejo, cumulada com a cobrança de aluguéis e encargos devidos. Essa infração apenas pode ser cometida por parte do locatário.

### **1.2.2 Conflitos advindos das relações locatícias da prática de infração legal ou contratual pelo locatário**

Os pressupostos essenciais do contrato de locação são: a) a entrega, pelo locador, de uma coisa para ser usada pelo locatário; b) o pagamento, pelo locatário, do aluguel.



O locatário é obrigado a: a) pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato; b) servir-se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza do imóvel e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado que dispensaria se fosse seu; c) restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal; d) levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros; e) realizar a imediata reparação dos danos verificados no imóvel, ou nas suas instalações, provocadas por ele mesmo, seus dependentes, familiares, visitantes ou prepostos; f) não modificar a forma interna ou externa do imóvel sem o consentimento prévio e por escrito do locador; g) entregar imediatamente ao locador os documentos de cobrança de tributos e encargos condominiais, bem como qualquer intimação, multa ou exigência de autoridade pública, ainda que dirigida a ele (locatário); h) pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz, gás, água e esgoto; i) permitir a vistoria do imóvel pelo locador, ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como admitir que seja o mesmo visitado e examinado por terceiros; j) cumprir integralmente a convenção de condomínio e os regulamentos internos; k) pagar o prêmio do seguro de fiança; l) pagar as despesas ordinárias de condomínio (art. 23, lei 8.245/91).

### 1.2.3 Conflitos advindos das relações locatícias residenciais

A lei prevê quatro tipos de locação residencial: a) contratos fixados por trinta meses ou mais; b) contratos fixados por menos de trinta meses; c) contratos fixados antes da lei vigente<sup>102</sup>; d) locação por temporada.

Nos contratos de locação fixados por trinta meses ou mais, a resolução do contrato ocorrerá quando cessar o prazo estipulado (art. 46, lei 8.245/91). Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado (art. 46, § 1.º, lei 8.245/91). Ocorrendo a prorrogação, caberá denúncia vazia, a qualquer tempo, com trinta dias para desocupação (art. 46, § 2.º, lei 8.245/91). Na ação de despejo, se o locatário manifestar sua concordância com a desocupação do imóvel, o juiz acolherá o pedido, fixando prazo de seis meses para a desocupação (art. 61, lei 8.245/91).

*“De maneira inovadora, pretende o legislador estimular a formação de vínculos contratuais de longa duração, também no caso de locações residenciais, vindo alcançar uma maior estabilidade do inquilino em sua moradia. Tem-se assim a imprescindibilidade de contrato escrito e por prazo não inferior a dois anos e meio, para que o locador possa, expirado o contrato, exercer a denúncia vazia, nos termos do art. 46.”<sup>103</sup>*

<sup>102</sup> Todas as locações residenciais que tenham sido celebradas anteriormente à vigência da lei 8.245/91 serão automaticamente prorrogadas por tempo indeterminado, ao término do prazo ajustado no contrato (art. 77, lei 8.245/91). Poderão ser denunciadas imotivadamente, com prazo de doze meses para a desocupação (art. 78, lei 8.245/91). Ocorrendo a revisão judicial ou amigável do aluguel nos doze meses anteriores à lei, a denúncia vazia só pode ser exercida após 24 meses da revisão. (art. 78, parágrafo único, lei 8.245/91)

<sup>103</sup> TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1.º a 26). In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 148.

Nos contratos fixados por menos de trinta meses, quando ajustada verbalmente ou por escrito, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga-se automaticamente, por tempo indeterminado, podendo ser retomado o imóvel somente através de uma denúncia motivada.<sup>104</sup>

A locação por temporada deve ter como prazo máximo noventa dias, e a lei prevê diversas finalidades: prática de lazer, realização de cursos e outros. O imóvel locado para temporada pode ser mobiliado, e caso o seja, deve expressamente constar no contrato a descrição dos bens existentes que aparelham o mesmo. O locador poderá receber, de uma só vez e antecipadamente, os aluguéis e encargos, bem como exigir qualquer das modalidades de garantia para atender as demais obrigações do contrato. Findo o prazo ajustado, se o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador por mais de trinta dias, presumir-se-á prorrogado a locação por tempo indeterminado (arts. 48, 49 e 50, lei 8.245/91).<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Os motivos previstos na lei são: mútuo acordo, em decorrência de prática de infração legal ou contratual, em decorrência de falta de pagamento do aluguel e demais encargos; para a realização de reparos urgentes determinados pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executados com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-los; em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário estiver relacionada com o seu emprego; se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio; se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento; se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos. (art. 47, lei 8.245/91) Constitui crime de ação pública deixar o retomante, dentro de cento e oitenta dias após a entrega do imóvel, no caso se for pedido para uso próprio, de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio, de usá-lo para o fim declarado ou, usando-o, não o fizer pelo prazo máximo de um ano. (art. 44, II, lei 8.245/91) Constitui crime de ação pública não iniciar o proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, nos casos para a realização de reparos urgentes determinadas pelo Poder Público que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-la, a demolição ou a reparação do imóvel dentro de sessenta dias contados de sua entrega. (art. 44, III, lei 8.245/91). Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas no artigo 44, poderá o prejudicado reclamar através da via judicial o recebimento de multa. (art. 44, parágrafo único, lei 8.245/91)

<sup>105</sup> Ocorrendo a prorrogação, o locador somente poderá denunciar o contrato após trinta meses de seu início ou nas hipóteses do art. 47. (art. 50, parágrafo único, lei 8.245/91)

### 1.2.4 Conflitos advindos das relações locatícias não residenciais

Existe a previsão de quatro tipos de locação não residencial na lei 8.245/91: a) locação comercial<sup>106</sup>; b) locação não residencial civil; c) locação não residencial especial; d) locação de benefício ou vantagem profissional indireta.

O artigo 51, lei 8.245/91, assegura o direito à renovação do contrato de locação ao empresário que explora o mesmo ramo de atividade econômica por, no mínimo, três anos consecutivos, em imóvel locado por prazo determinado mínimo de cinco anos, computadas renovações sucessivas.<sup>107</sup> O artigo 52, lei 8.245/91, reúne algumas hipóteses em que o locador não está obrigado a renovar o contrato.<sup>108</sup>

A locação não residencial civil rege-se pelas regras gerais da locação comercial. Entretanto, não tem direito à ação renovatória as sociedades civis sem fins lucrativos. (art. 51, parágrafo quarto, lei 8.245/91)

---

<sup>106</sup> Uma das hipóteses de locação comercial é a locação em shopping center. Várias despesas o empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center (art. 54, lei 8.245/91). Acrescente-se que o empresário inquilino de loja em shopping center não tem a faculdade de interromper unilateralmente suas atividades, intentando alterar o tipo de comércio que lá exerce, uma vez que não lhe compete escolher, com exclusividade, a natureza do comércio a ser explorado na dependência locada. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 109.

<sup>107</sup> Os locatários comerciantes ou industriais têm direito à renovatória, através da denúncia vazia. A renovação compulsória (se impossível a amigável) se concretizará mediante ação renovatória, que deverá ser ajuizada pelo empresário locatário, no prazo decadencial que compreende o período de um ano, no máximo, a seis meses, no mínimo, imediatamente anteriores ao término do contrato em vigor. Em síntese, ou a renovatória é procedente e, por conseguinte, mantém-se a locação devidamente atualizada, ou a locação se desfaz, com ou sem, conforme o caso, a indenização dos prejuízos que o locatário conhece, em decorrência da necessidade de mudar, da perda do ponto comercial e da minimização valorativa de seu estabelecimento (art. 75, lei 8.245/91). FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 110.

<sup>108</sup> O locador não estará obrigado a renovar o contrato se: por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificação de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade; o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente (art. 52, lei 8.245/91). Constitui crime de ação pública a não realização das obras (art. 44, III, lei 8.245/91).

A locação não residencial especial<sup>109</sup>, prevista no artigo 53, poderá ser rescindida apenas através de denúncia motivada.

A locação de benefício ou vantagem profissional indireta é considerada locação não residencial quando o locatário for pessoa jurídica e o imóvel destinar-se ao uso de seus titulares, diretores, sócios, gerentes, executivos ou empregados, e segue a locação comercial; a ação renovatória pode se dar através de denúncia vazia. (art. 55, lei 8.245/91)

---

<sup>109</sup> Hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como entidades religiosas devidamente registradas.

## CAPÍTULO 2 – Formas de solução de conflitos:

### 2.1 Autotutela

São três as formas de solucionar os conflitos: autotutela<sup>110</sup>, autocomposição e heterocomposição.

A autotutela<sup>111</sup> foi a primeira forma de solução de litígios da história da humanidade, existindo antes mesmo da consolidação do direito. Surgiu em virtude da inexistência de um Estado forte para superar as vontades individuais, numa época em que os litígios eram solucionados pela força, imperando a lei do mais forte.<sup>112</sup>

*“Numa associação primitiva na qual não exista, acima dos indivíduos, uma autoridade capaz de decidir e de impor sua decisão, não se pode pensar, para resolver os conflitos de interesses entre co-associados, mais do que em dois meios: ou no acordo voluntário entre os dois interessados (contrato), dirigido a estabelecer amistosamente qual dos dois interesses opostos deve prevalecer ou, quando não se chegue ao acordo*

<sup>110</sup> O primeiro autor a usar essa classificação foi Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Entretanto a terminologia *autotutela* não era prevista em sua obra. O termo usado era *autodefesa*. Mas o próprio autor adverte que essa palavra não expressa com exatidão o fenômeno que ela revela. “Formada do prefixo auto (próprio) e do substantivo defesa, equivale a ‘defesa própria’ ou ‘defesa por si mesmo’. Se fosse entendida literalmente, ficariam fora da autodefesa não poucas manifestações que na mesma se incluem, como a legítima defesa de terceiro e o estado de necessidade. Se a idéia de defesa pressupõe ataque, este faltaria no estado de necessidade em que o padeiro, vítima de furto famélico, não é agressor do faminto, e muito menos, o naufrago sacrificado para salvar os demais, ou devorado pelos seus companheiros de catástrofe, casos versados no Direito Penal.” ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO apud CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 15.

<sup>111</sup> “São fundamentalmente dois os traços característicos da autotutela: a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra.” GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21.

<sup>112</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro 1.º volume*. 9.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 28. A violência aparece quando a rivalidade e os objetivos dos adversários parecem inconciliáveis ou quando a negociação não chega a um compromisso provisório que atenuar os atritos ligados às comparações contrárias. DORON, Roland & PAROT, Françoise. *Dicionário de Psicologia*. Tradução Odilon Soares Leme. São Paulo: Ática, 1998, p. 172.

*voluntário, no choque violento entre os dois interessados, cada um dos quais emprega contra o outro a própria força individual para constrangê-lo a abandonar toda pretensão sobre o bem discutido. Assim como hoje, por faltar até agora um poder superestatal capaz de – A força privada como defesa do direito – impor com a força as próprias decisões aos Estados, a extrema ratio para resolver os conflitos entre os Estados é a guerra, isto é, o recurso à violência armada, assim, na co-associação primitiva, o único meio de defesa do indivíduo (ou do grupo) é o emprego da força material contra o competidor, para vencê-lo, isto é, a chamada autodefesa ou defesa privada, que transforma todo conflito numa rixa aberta(...). Compreende-se, por isso, que desde os primórdios da civilização, desde que por cima dos indivíduos se vem afirmando um princípio de autoridade, esta tenha intervindo, primeiro, para disciplinar ou para limitar, depois, em absoluto, para proibir, de uma maneira cada vez mais enérgica e absoluta, o uso da autodefesa, até chegar ao termo extremo da evolução atual em que o exercício da autodefesa é considerado como delito. Não é possível resumir aqui, nem sequer de forma esquemática, os estádios de tal evolução; pode-se dizer que a história da luta contra a autodefesa é a história do Estado e da civilização humana.”<sup>113</sup>*

Em certos casos excepcionais a lei permite a utilização da autotutela. Mas o Estado, ao permitir essas hipóteses, estabelece um limite para que tal ato possa ser aceito por nosso ordenamento jurídico. Exemplificando, quando a norma criminal brasileira, em seu artigo 25<sup>114</sup>, permite a legítima defesa, estabelece limites para que ela seja aceita, sendo punível qualquer esforço além do necessário. Exemplos de autotutela previstos no sistema legal pátrio: Código Penal, artigos 24 e 25 e Código Civil, artigos 160, 502, 1519 e 1520.

<sup>113</sup> CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Tradução Luiz Abesia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 180/181.

<sup>114</sup> “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” Artigo 25, Código Penal. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, atualizado e acompanhado de legislação complementar. 16.ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

Weber<sup>115</sup> estabelece que os agrupamentos políticos mais diversos utilizam a violência física como recurso para alcançarem ou manterem o poder. A violência é um instrumento eficaz de que se vale o Estado. O Estado de Direito estruturado é, para Weber, uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território, reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física.

*“O Estado consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores.”<sup>116</sup>*

Ao se conciliar o fato de a autotutela ser considerada uma forma primitiva de solução de conflitos com a ligação existente entre o primitivo e o instinto, verifica-se que o Estado deve fornecer meios eficazes para solucionar tais conflitos, pois a partir do momento em que a razão – que deveria superar o instinto – não se demonstra capaz na resolução do problema, o instinto aflora e tende ao domínio<sup>117</sup>. Quando o Estado não consegue solucionar os conflitos, quando há certeza da impunidade, estremece o respeito pela autoridade, abrindo uma porta para que se recorra ao método primitivo da autotutela.

*“A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem, a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito, as deficiências*

<sup>115</sup> WEBER, Max. *Ciência e Política. Duas Vocações*. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 56.

<sup>116</sup> WEBER, Max. *Ciência e Política. Duas Vocações*. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 57.

<sup>117</sup> “O emprego da violência para a solução dos conflitos torna difícil, se não impossível, a permanência dos homens em sociedade, e com isso o desenvolvimento dos interesses que, por sua natureza coletiva, requerem essa permanência.” CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 62/63.



*do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários, o que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os 'justiceiros').”<sup>118</sup>*

No plano internacional, a autotutela é representada pela agressão bélica, pelas ocupações, invasões, intervenções (inclusive econômicas) ou ainda pelos julgamentos de inimigos por tribunais de adversários.<sup>119</sup>

## 2.2 Autocomposição

Através da autocomposição<sup>120</sup> as partes resolvem seus conflitos entre si, evitando-se assim a interferência de terceiros<sup>121</sup> e dos órgãos do Estado. Durante um longo período da história essa maneira informal de resolver o conflito

<sup>118</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 278.

<sup>119</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 10.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 24.

<sup>120</sup> “Este termo, autocomposição, deve-se a Camelutti, que ao tratar dos equivalentes jurisdicionais, aí o incluiu. É integrado, também, do prefixo auto (próprio) e do substantivo composição, que, na linguagem cameluttiana, equivale a solução, resolução ou decisão do litígio por obra dos próprios litigantes.” CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 19.

<sup>121</sup> Pode ocorrer a intervenção de terceiros na autocomposição. Essa intervenção, no entanto, não soluciona o conflito, pode apenas propor uma solução. A resolução do conflito na autocomposição é obra dos próprios litigantes. “En los casos en que interviene un tercero hay que distinguir entre mediación y conciliación. En el primer caso el tercero no sólo intenta acercar a las partes, sino que assume la dirección de las negociaciones, haciendo proposiciones que las partes pueden o no aceptar. (W. GOLDSCHMIDT), mientras que el conciliador se limita a aproximar a las partes, pero sin proponer solución concreta al litigio.” AROCA, Juan Montero. *Estudios de Derecho Processual*. Barcelona: Libreria Bosch, 1991, p. 197.

foi vista como uma forma própria de sociedades primitivas<sup>122</sup>. Entretanto, hoje a autocomposição assume um papel fundamental nas soluções dos conflitos entre os indivíduos, principalmente devido à crise que pela qual passa o sistema judiciário.<sup>123</sup>

Segundo Alcalá-Zamora y Castillo<sup>124</sup>, existem três formas de autocomposição<sup>125</sup>: renúncia, submissão e transação. A renúncia é a desistência da pretensão, ou seja, é a desistência do conflito pelo atacante. A submissão é a

<sup>122</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 277.

<sup>123</sup> Para Sadek e Arantes, são três as áreas de questão da crise do judiciário: a institucional, a estrutural e a relativa aos procedimentos. A crise institucional diz respeito à posição do Judiciário na organização tripartite de poderes, isto é, a seu formato constitucional como poder independente e a sua relação com os dois outros – o Executivo e o Legislativo. A performance institucional dos três poderes, muito mais do que orientada por um modelo de separação e divisão de responsabilidades, tem sido impulsionada por um sistema que estimula multivetos. Além de constante árbitro de disputas entre os outros dois poderes, sua estrutura descentralizada e, de fato, federativa, permite-lhe paralisar políticas, proferir decisões sem uniformidade e, assim, suspender, ainda que temporariamente, medidas de impacto nacional. Esse desenho institucional tem sido responsável, em grande parte, pelas dificuldades de governabilidade que têm marcado o período pós-proclamação da Constituição de 1988. A crise estrutural refere-se à sua pesada estrutura, à falta de agilidade da estrutura burocrática, à deficiência no quadro de servidores da justiça, à baixa qualificação dos bacharéis, ao número reduzido de juízes e à mentalidade dos juízes. É extremamente alta a defasagem entre os processos que entram na justiça e seus respectivos julgamentos. A crise relativa aos procedimentos tem duas vertentes: a) esfera legislativa; b) os ritos processuais. As dificuldades enfrentadas pelo Judiciário, nessa perspectiva, foram agravadas pela abundante legislação, sob a forma de *medidas provisórias*, que desestabilizou ainda mais o sistema normativo e dificultou a atuação da justiça a partir de 1988. O excesso das formalidades previstas na ciência processual servem para contribuir para retardar o trabalho da justiça. SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Basto. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Dossiê Judiciário. Revista USP*, n.º 21. Mar – Abr – Maio, 1994, p. 34-35.

<sup>124</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, apud CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 20.

<sup>125</sup> “A espontaneidade, que deveria ser o requisito essencial de toda modalidade autocompositiva, pode estar ausente; muitas vezes, a desigual resistência econômica dos litigantes, a lentidão e a carestia dos procedimentos, entre outras causas, conduzem as partes a autocomposições que são, no fundo, verdadeiras rendições, nas quais a decisão altruísta é provocada pela imposição egoísta da parte contrária.” (...) “Não só, com frequência, a espontaneidade do sacrifício do próprio interesse é apenas aparente, pois, na verdade, envolve uma capitulação do litigante de menor resistência, como também pode acontecer que a renúncia do próprio interesse obedeça a uma errônea interpretação do mesmo por parte do seu titular, que o leva a considerar a sua posição mais desfavorável do que na verdade é.” ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, apud CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 20.

renúncia à resistência oferecida à pretensão ou reconhecimento, ou seja, é a renúncia do atacado. A transação, de natureza jurídica contratual<sup>126</sup> e um negócio jurídico bilateral, é uma forma de solução de conflitos mediante o estabelecimento de concessões mútuas entre as partes, podendo ser judicial ou extrajudicial. A transação extrajudicial ou preventiva tem o escopo de evitar o conflito, eliminando “as incertezas através de uma composição amigável mediante concessões mútuas. Evita-se assim o início de uma demanda.”<sup>127</sup> A transação judicial ocorre quando, no curso de um processo, as partes resolvem, entre si, pôr fim à demanda<sup>128</sup>. O artigo 1.030 do Código Civil Brasileiro estabelece expressamente que a ocorrência da transação judicial gera o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.<sup>129</sup>

A transação judicial produz os mesmos efeitos que qualquer sentença proferida pelo judiciário.

A tendência é que cada vez mais conflitos se resolvam através da autocomposição. O direito brasileiro, em vários dispositivos, vem estimulando a autocomposição entre as partes. Quando se tem a previsão legal da existência da audiência de conciliação e julgamento (artigo 331, Código de Processo Civil), essa

---

<sup>126</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e Processo: Direito Processual Civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p.250.

<sup>127</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 246.

<sup>128</sup> Quando ocorre a transação judicial, quem escolhe a forma de solucionar o conflito são os litigantes, que chegam a um entendimento voluntário ou negocial. Cabe ao juiz “o *dever administrativo* de encerrar o processo com o ato homologatório da transação, que é praticado sem nada acrescer ao pacto dos litigantes em sua substância.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e Processo: Direito Processual Civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 252. “O ato homologatório é equiparado aos demais atos de jurisdição voluntária. A participação da autoridade judicial é *integrativa*, tal como a dos oficiais de registros públicos. Serve à solução da contenda, porém não é fonte de decisão da questão ou das questões postas em juízo.” PONTES DE MIRANDA apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e Processo: Direito Processual Civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 253.

<sup>129</sup> Se a transação judicial estiver viciada pelos vícios sociais (fraude contra credores e simulação), ela pode ser anulada (artigo 147, inciso II, Código Civil).

disposição nada mais é do que uma forma de se evitar o processo e solucionar o problema mais rapidamente, num acordo entre as partes.

O artigo 125, inciso IV, do Código de Processo Civil, prevê entre as competências do juiz a função de tentar, a qualquer tempo, a conciliação<sup>130</sup> entre as partes.

O nosso direito civil tem exemplos de autocomposição, quando estabelece a transação nos seus artigos 1025 a 1035, e a figura da desistência, no artigo 1036. O Código de Processo Civil também enumera formas de extinção do processo com julgamento de mérito através da autocomposição entre as partes, no artigo 269, incisos I, III e V. Deve-se também ressaltar as normas referentes aos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), que possuem todo um instrumental para a resolução dos conflitos através da conciliação entre as partes.

*“A conciliação pode ser extraprocessual ou endoprocessual. Em ambos os casos, visa a induzir as próprias pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma transação entre as partes (mútuas concessões), ou a submissão de um à pretensão do outro (no processo civil, reconhecimento do pedido: artigo 269, inciso II), ou a desistência da pretensão (renúncia: artigo 269, inciso V). Tratando-se de conciliação endoprocessual, pode-se chegar ainda à mera “desistência da ação”, ou seja, revogação da demanda inicial para que o processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma (artigo 267, inciso VIII).”<sup>131</sup>*

<sup>130</sup> O papel do juiz na conciliação endoprocessual é meramente homologatório, “mesmo que com participação ativa, ficando a decisão da forma da solução do conflito efetivamente a cargo das partes – com o que é justificável a sua colocação também no plano da solução autocompositiva.” CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 8.

<sup>131</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 10.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 28.

A conciliação extraprocessual é de natureza diversa da jurisdicional. Deve ser atribuída a órgãos distintos dos que integram o Judiciário e exercida por pessoas habilitadas por uma adequada preparação.<sup>132</sup> A conciliação extraprocessual está prevista no artigo 585, inciso II, do Código de Processual Civil.<sup>133</sup>

*“O poder de pacificação é muito grande na conciliação, pois além de encontrar o ponto de equilíbrio aceito para os termos de dois interesses conflitantes, geralmente logra também levar a paz ao próprio espírito das pessoas: a idéia até vulgar de que ‘mais vale um mau acordo que uma boa demanda’ é uma realidade no sentimento popular e as soluções concordadas pelas partes mostram-se capazes de eliminar a situação conflituosa e desafogar as incertezas e angústias que caracterizam as insatisfações de efeito anti-social. Por isso é que a conciliação é o ‘substituto generoso da justiça’, ainda quando conduzida por esta ou por seus auxiliares.”<sup>134</sup>*

O efetivo exercício da função conciliatória tem por imperativo a prévia delimitação da natureza da controvérsia.<sup>135</sup> O critério informativo da atividade conciliatória é o da equidade, não necessariamente o da legalidade.<sup>136</sup>

<sup>132</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 277-95.

<sup>133</sup> “O instrumento de transação (que nada mais é do que um dos resultados possíveis da conciliação, em que as partes dão cabo a uma relação obrigacional mediante concessões recíprocas) celebrado pelas partes, de que conste obrigação certa, líquida e exigível é título executivo extrajudicial, bastando para tal que tenha sido referendada pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público ou pelos advogados dos transatores.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Uma avaliação da Implantação dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos no Brasil: Conciliação, Mediação e Arbitragem. Escritos de Direito Processual*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001, p. 205-211.

<sup>134</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.ª ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, p. 282.

<sup>135</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 277-95.

<sup>136</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 277-95.

*“Revela, assim, o fundamento social da conciliação, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto; que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limitará a solucionar a parcela da lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. Por isso mesmo, foi salientado que a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo. Resulta daí que o método contencioso de solução das controvérsias não é o mais apropriado para certos tipos de conflitos, em que se faz necessário atentar para os problemas sociais que estão à base da litigiosidade, mais que aos meros sintomas que revelam a existência desses problemas.”<sup>137</sup>*

A atividade conciliatória deve ser vista como instrumento alternativo, e não necessariamente excludente do processo judicial, para a solução pacífica do conflito<sup>138</sup>. A função conciliadora deve ajudar os particulares, não prescindir do direito, mas a encontrar por si sós o próprio direito.<sup>139</sup>

### 2.3 Heterocomposição

Na heterocomposição os conflitos são solucionados através de uma decisão imposta por um terceiro isento. Essa forma de solução das demandas surgiu como uma forma mais justa numa época em que pouco ou nada havia de

<sup>137</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 283.

<sup>138</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 277-95.

<sup>139</sup> CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Tradução Luiz Abesia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 162.

respeito ao direito do outro.<sup>140</sup> Havia antes, basicamente, a imposição da vontade do mais forte.

A heterocomposição consiste na figura de um terceiro sem ligação alguma com o problema, atuando como Árbitro ou Juiz<sup>141</sup> a fim de solucionar o litígio entre os desafetos. “A heterocomposição só tem credibilidade quando conduzida por pessoas qualificadas, que apliquem à solução de litígios critérios eqüitativos.”<sup>142</sup>

<sup>140</sup> A evolução das formas de solução de conflitos ocorre em quatro etapas: “na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor ou entre grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado, então incipiente, intervém em questões vinculadas à religião, e os costumes vão estabelecendo paulatinamente regras para distinguir a violência legítima da violência ilegítima. Na segunda, surge o arbitramento facultativo: a vítima, em vez de usar da vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (árbitro) para fixá-la. Na terceira etapa, aparece o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem, e como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que as mais das vezes se continuava a empregar a violência para defesa do interesse lesado; por isso o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem o árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença, se porventura o réu não quisesse cumpri-la. Finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada, e através de funcionários seus resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando à força, se necessário, a sentença.” ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 183.

<sup>141</sup> Para Guasp, apud Aroca, a conciliação e a mediação também são formas de heterocomposição. Para o autor, basta a intervenção do terceiro na resolução do conflito para que se caracterize uma heterocomposição, “Para el Prof. GUASP ‘hay dos grandes medios de resolución de los conflictos sociales previos al proceso, ajenos al proceso, independientes, por completo, dei proceso’. El primeiro es la autocomposición, en la que ‘son los mismos interesados los que, por obra de sus propias personas, y sin acudir a nadie más, dirimen el conflicto planteado’. El segundo es la heterocomposición, que implica que el conflicto se resuelva ‘por obra de un tercero.’(...) En la heterocomposición, la intervención del tercero que resuelve el conflicto puede efectuarse de dos maneras. Si interviene de manera espontánea nos encontramos ante la mediación o buenos oficios. Si, por el contrario, interviene de manera provocada – cuando es llamado por las partes – estamos ante la conciliación y el arbitraje. En la primeira, las partes que han llamado al tercero no se comprometen a aceptar su solución, sino que se reservan ‘su ulterior libertad de acción’. En el arbitraje las partes se comprometen a aceptar la solución que en el tercero imponga.” Para a maioria dos doutrinadores, a conciliação é uma forma de autocomposição. “En la conciliación la composición del litigio es obra de las partes, aunque la actividad conciliadora se desarrolle ante un tercero. En el arbitraje la composición es obra de un tercero, que impone su solución a las partes. El conciliador se encuentra *inter partes*, el árbitro *supra partes*.” AROCA, Juan Montero. *Estudios de Derecho Processual*. Barcelona: Libreria Bosch, 1991, p. 196/198.

<sup>142</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 279.

A resolução do conflito através de um terceiro, chamado árbitro, surgiu antes mesmo da existência da jurisdição estatal, pois não dependia da força e da autoridade do Estado. O aparecimento da jurisdição estatal só foi possível depois da constituição e do fortalecimento dos Estados.<sup>143</sup>

Em relação à solução do conflito de interesses através do Judiciário, pela figura do Juiz<sup>144</sup>, o Estado mantém uma série de órgãos distintos e independentes entre si, os quais, imparcialmente, detêm o poder de dizer o direito e constranger o inconformado a submeter-se à vontade da lei.<sup>145</sup>

A heterocomposição pela via judiciária é uma forma obrigatória de dirimir os conflitos, ou seja, o litígio interposto no judiciário deve ser analisado, respeitando o disposto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVII, que prevê: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Carmona<sup>146</sup> conceitua a arbitragem como uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada<sup>147</sup>, decidindo com base nessa convenção,

---

<sup>143</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Jurisdição*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 297.

<sup>144</sup> Conforme a tradição romana, cabe ao juiz desempenhar o papel de servidor da lei e seu intérprete fiel. O juiz deve decidir aplicando as normas do direito e respeitando o princípio constitucional da legalidade. Apenas excepcionalmente é permitido ao juiz decidir segundo a equidade. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Tradução Luiz Abesia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 101. O Código de Processo Civil brasileiro segue essa tradição romana quando, em seus artigos 126 e 127, prescreve que o juiz não se exima de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito; o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

<sup>145</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 1.º volume. 9.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 28.

<sup>146</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.

<sup>147</sup> As partes, quando realizam um contrato, podem criar cláusulas que estabeleçam que, em caso de controvérsia entre elas, a solução se dará através de uma decisão proferida por um ou mais



sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial. A solução dos conflitos através de um árbitro é facultativa, podendo as partes convencionar ou não se desejam tal resolução através da arbitragem.<sup>148</sup>

### 2.3.1 Jurisdição

Jurisdição, em uma acepção ampla, é o poder<sup>149</sup> atribuído a uma autoridade que tem por encargo fazer respeitar as leis (ou seja, realizar o cumprimento das normas e punir os infratores) em determinada área.

Durante a Idade Média, a Europa Ocidental compunha-se de uma série de poderes ou autoridades horizontalmente dispostos, cada qual com ampla jurisdição. Entretanto, a partir do século XVI os reis “vencem” a disputa de poder entre os senhores feudais e o poder concentra-se na figura do Rei e toda a autoridade pública passa a emanar dele.<sup>150</sup>

---

árbitros escolhidos de comum acordo entre as partes. Nisso consiste, de forma ampla, a convenção privada, sem a interferência do Estado. O que ficou decidido pelo árbitro vale como uma lei entre as partes, devendo cada um cumprir sua parte no acordo. CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 76.

<sup>148</sup> “En el arbitraje uno o más terceros, los árbitros, son designados por las partes para que solucionen coactivamente el litigio que específicamente se les somete, comprometiéndose aquéllas a aceptar la solución que pronuncien. En el proceso las partes no designan contractualmente al tercero decisor, sino que acuden a un organismo preexistente del Estado, los tribunales, encargado de resolver jurisdiccionalmente todos los conflictos jurídicos surgidos entre los ciudadanos.” AROCA, Juan Montero. *Estudios de Derecho Processual*. Barcelona: Libreria Bosch, 1991, p. 197/198.

<sup>149</sup> Para Bobbio, a interpretação mais aceita no discurso político contemporâneo sobre o conceito de poder é a que estabelece que poder deve ser entendido como uma relação entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 78.

<sup>150</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3.ª edição. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 63.

Nesse contexto histórico, o conceito de soberania<sup>151</sup> foi solidificado como o poder exercido em determinado território, sobre uma determinada população e acima dos demais ordenamentos sociais. O Estado<sup>152</sup> soberano não pode estar subordinado a nenhuma vontade, a não ser à sua própria<sup>153</sup>.

*"Na prática, a soberania apresenta-se como um monopólio do poder legislativo: cumpre ao soberano, seja ele um príncipe ou uma assembléia, estabelecer as leis que deverão ser seguidas por todos os membros da comunidade. Embora se apresente como uma noção meramente racional, aplicável a qualquer forma de governo, a soberania, tal como a entendeu Bodin, vai servir à consolidação das monarquias européias, à destruição da ordem jurídica medieval e ao início da concepção moderna de Estado."*<sup>154</sup>

Para Weber, apud Bobbio<sup>155</sup>, o Estado Moderno<sup>156</sup> é definido mediante dois elementos constitutivos: a presença de um aparato administrativo, com a

<sup>151</sup> Soberania é, assim, um poder político supremo e independente que não sofre limitações de nenhum outro na ordem interna e internacional, não é obrigado a acatar regras não aceitas voluntariamente e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos. CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I. 6.<sup>a</sup> ed. revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra/Portugal: Almedina, 1996, p. 132.

<sup>152</sup> "Do ponto de vista de uma definição formal e instrumental, a condição necessária e suficiente para que exista um Estado é que sobre um determinado território se tenha formado um poder em condição de tomar decisões e emanar os comandos correspondentes, vinculatórios para todos aqueles que vivem naquele território e efetivamente cumpridos pela grande maioria dos destinatários, na maior parte dos casos em que a obediência é requisitada." BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 95.

<sup>153</sup> "Para isso o poder – por definição não apenas concentrado no Rei, mas também centralizado – dota-se dos necessários órgãos e serviços. São os tribunais do Rei e o correspondente processo que aparecem; é uma administração burocrática em sentido moderno (profissionalizada e hierarquizada) que progressivamente se substitui à administração feudal (entregue a titulares por direito próprio); e são novas funções que ela se vai propor." MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 71.

<sup>154</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do Estado*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 23.

<sup>155</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 69.

função de prover a prestação de serviços públicos, e o monopólio legítimo da força.

Bobbio<sup>157</sup> aponta que o Estado Contemporâneo compõe-se de organizações semi-soberanas, como grandes empresas, sindicatos e partidos, e essas organizações retiram uma parcela do poder político do Estado. Para o autor, a concepção atual de “contrato social” enquadra o Estado como mediador de conflitos particulares. O Estado está perdendo uma parcela do seu poder político por conta das pressões internas, por descentralização e, externamente, pela criação de blocos regionais e a vinculação cada vez maior às normas de direito internacional.<sup>158</sup>

Para Marcelo Caetano<sup>159</sup>, os fins que devem nortear a atuação política são: a) segurança<sup>160</sup> – a instituição do poder político é um instrumento de defesa externa e de paz interna; b) justiça<sup>161</sup> – é o ideal a atingir pelo direito e bem-

---

<sup>156</sup> As características essenciais do que é conceituado como Estado Moderno, surgido na Europa com a Idade Moderna, sobre as ruínas do feudalismo, são: a unidade, a sua organização conforme a constituição e a autolimitação do Estado diante dos indivíduos. A presença dessas características é que o separa de todas as formas do Estado no passado. JELLINEK apud RIBEIRO JÚNIOR, João. *Curso de teoria geral do Estado*. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 176.

<sup>157</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 27.

<sup>158</sup> “Outro motivo que concorre fortemente para abater o princípio de soberania é a necessidade de criar uma ordem internacional, vindo essa ordem a ter um primado sobre a ordem nacional. Os internacionalistas são homens que vêem sempre com suspeição o princípio de soberania. Não apenas com suspeição, senão como se fora ele obstáculo à realização da comunidade internacional, à positivação do direito internacional, à passagem do direito internacional, de um direito de bases meramente contratuais, apoiado em princípios de direito natural, de fundamentos tão somente éticos ou racionais, a um direito que coercitivamente se pudesse impor a todos os Estados.” BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 133.

<sup>159</sup> CAETANO, Marcelo. op. cit., p. 145.

<sup>160</sup> “A segurança não é só a organização da força posta a serviço de interesses vitais: é também, por um lado, a garantia da estabilidade dos bens e, por outro, a da duração das normas e da irrevogabilidade das decisões do Poder que importem justos interesses a respeitar, quer dizer, a certeza.” CAETANO, Marcelo. op. cit., p. 145.

<sup>161</sup> O autor traz em sua obra dois conceitos de justiça que derivam da filosofia grega: a) justiça comutativa – a regra é a igualdade das duas partes intervenientes na permuta; b) justiça

estar<sup>162</sup> - espiritual ou material – da coletividade, fins interdependentes e complementares ente si.

Para Dallari<sup>163</sup>, o fim do Estado é o bem comum, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.

Para implementação dos seus fins, o Estado desenvolve uma série de atividades (funções), dentre elas: a função legislativa – que objetiva a criação de normas de caráter geral e abstrato; a função executiva – que tem por objeto a implementação de soluções concretas, sendo a função como responsabilidade de governo, como atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, além da administração pública em geral; e a função jurisdicional – que soluciona especificamente os conflitos ocorridos e regulados pelas regras de direito gerais, interpretando e aplicando a lei.<sup>164</sup>

---

distributiva – a regra é a da desigualdade para remunerar cada qual segundo os seus méritos: por serviços desiguais, retribuição desigual. CAETANO, Marcelo. op. cit., p. 146.

<sup>162</sup> “Umaz vezes com mais relevo, outras, com menos, mais restritamente numaz épocas do que noutras, sempre o poder político é solicitado a promover, mediante a conjugação obrigatória dos esforços e dos recursos coletivos, a satisfação de necessidades de ordem espiritual ou material que a ação dos indivíduos, entregues a si mesmos ou integrados em grupos sociais primários, seja impotente para conseguir com a extensão conveniente.” CAETANO, Marcelo. op. cit., p. 147.

<sup>163</sup> O Estado busca o bem comum para um certo povo situado em determinado território. “Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada Estado.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21.<sup>a</sup> edição. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 107.

<sup>164</sup> “As funções do Estado vêm sofrendo transformações na exata medida em que o Estado assume novos contornos. Desse modo, a clássica separação de funções de cada um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) de há muito está superada. Observe-se que, com os primeiros sinais do intervencionismo estatal, próprios do Estado Social-Contemporâneo, já ocorreram sensíveis alterações na esfera das relações entre os Poderes do Estado, mediante o deslocamento da esfera de tensão do Poder Legislativo para o Poder Executivo. Já no Estado Democrático de Direito, próprio do constitucionalismo do pós-guerra, tem-se nitidamente o deslocamento dessa esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, mormente nos países com Constituições dirigentes, onde os Tribunais Constitucionais proporcionam aquilo que muitos autores chamam de “juridicização da política.” STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 151/153.

*“A função jurisdicional surge indubitavelmente, nas árvores históricas da civilização, com propósitos de pacificação social; de maneira que a ação do juiz, nas co-associações primitivas, aparece como a de um pacificador, que se interpõe para dirimir os conflitos surgidos entre interesses individuais, naqueles únicos casos nos quais os indivíduos não tenham conseguido colocar-se de acordo, por sua conta, mediante o contrato. Mas num estágio posterior da civilização, o conteúdo da função jurisdicional amplia-se e se especifica: o Estado não se limita somente a intervir nos conflitos para compô-los a qualquer custo e de qualquer maneira, ou somente com o objetivo de impedir o emprego da força individual e de manter a paz social; senão quer que a composição do conflito se obtenha através – evolução histórica do conceito de jurisdição – da aplicação da lei, ou seja, que a mesma composição ocorra na única forma que corresponde àquelas normas gerais e abstratas que o Estado, num momento anterior, ditou para regular a conduta dos indivíduos. Assim, no sistema da legalidade, a atividade do juiz se dirige, ao mesmo tempo, para manter a paz social, enquanto dirime o conflito de interesses individuais, e garante a observância da lei, enquanto o dirime de conformidade com ela.”<sup>165</sup>*

Para Carreia Alvim<sup>166</sup>, o direito processual estrutura-se com base nos seguintes institutos: jurisdição, ação e processo. Para o autor, esses três temas constituem o alicerce de todo o direito processual. O direito de ação põe em movimento a jurisdição, que se realiza através do processo. É no processo que o direito de ação se encontra com a jurisdição.<sup>167</sup>

Segundo Carreia Alvim<sup>168</sup>, sob o aspecto lógico-doutrinário, primeiro vem a jurisdição (órgão-função), depois a ação (nexo entre o órgão e os sujeitos

<sup>165</sup> CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Tradução Luiz Abesia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999, p. 148.

<sup>166</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 65.

<sup>167</sup> CARREIA ALVIM, José Eduardo. op. cit., p. 67.

<sup>168</sup> CARREIA ALVIM, José Eduardo. op. cit., p. 67.

do processo) e por último, o processo, que se faz possível e se desenvolve graças à conjugação harmônica da jurisdição com a ação.

Para Dinamarco<sup>169</sup>, os institutos fundamentais do direito processual são: a) jurisdição; b) ação – poder de exigir do Estado o exercício da Jurisdição<sup>170</sup>; c) processo – é todo procedimento animado pela relação jurídica processual<sup>171</sup>; d) defesa – faculdade de resistir à pretensão deduzida em juízo<sup>172</sup>. Esses elementos resumem em si toda a disciplina do direito processual<sup>173</sup>. No centro do sistema político-jurídico do Estado encontra-se a Jurisdição.<sup>174</sup>

Jurisdição é uma atividade desempenhada pelos juízes de direito, com aplicação das regras do direito material em processo regularmente constituído e iniciado através do exercício do direito de ação do autor da demanda.<sup>175</sup>

Carnelutti<sup>176</sup> pondera que o termo jurisdição teve o seu sentido original ampliado. “A noção de jurisdição absorveu integralmente a noção de processo.”<sup>177</sup>

---

<sup>169</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.ª ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, p. 78.

<sup>170</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.ª ed.; São Paulo: Malheiros, 1996, p. 78.

<sup>171</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 66.

<sup>172</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 80.

<sup>173</sup> Direito Processual em seu tradicional “ramo do direito que rege as coisas do processo na Justiça, ou seja, o processo jurisdicional.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 77.

<sup>174</sup> “O que reside no centro gravitacional do sistema é a jurisdição. Os demais poderes e atividades dos sujeitos do processo giram em torno desta e legitimam-se no modo como seu exercício é disciplinado e condicionado pela ordem jurídica (a garantia do controle jurisdicional, a inércia dos órgãos, o devido processo legal, o contraditório, o juiz natural etc.). Não obstante, continua a preponderar na doutrina a colocação sistemática da ação ao centro dos institutos processuais básicos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela Jurisdicional*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 21, nota de rodapé 10.

<sup>175</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro 1.º volume*. 9.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 173/174.

Segundo Carnelutti<sup>176</sup>, na atualidade deve-se admitir uma jurisdição não processual. Pois o poder<sup>179</sup> de “dizer o direito” não cabe apenas aos magistrados, mas a “toda pessoa cuja declaração possua o caráter de fonte do direito.”<sup>180</sup>

Para Greco Filho<sup>181</sup>, os princípios fundamentais da jurisdição são: a) inércia – a atividade jurisdicional desenvolve-se quando provocada, a pessoa interessada em solucionar um conflito de interesses é que deve procurar a via judiciária; b) indeclinabilidade – o juiz não pode deixar de aplicar o direito, nem a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, fundamentada na previsão do artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal; c) inevitabilidade – a função jurisdicional não pode ser obstada por qualquer instituto; d) indelegabilidade – a atuação jurisdicional é pautada pelas regras constitucionais. O juiz é investido das funções jurisdicionais como órgão do Estado, devendo exercê-las pessoalmente; e) substitutividade – o Estado, realizando a jurisdição, substitui com a sua atividade as atividades daqueles envolvidos no conflito; f) imparcialidade – o juiz, ao analisar a demanda em juízo, deve ser imparcial, ou seja, não pode possuir nenhum interesse no conflito, devendo, portanto, ser o terceiro imparcial que o analisa e julga, numa posição equidistante das partes.

---

<sup>176</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 222.

<sup>177</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. op. cit., p. 222.

<sup>178</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. op. cit., p. 223.

<sup>179</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. op. cit., p. 223.

<sup>180</sup> A jurisdição não ocorre apenas quando o juiz realiza uma composição de conflitos, mas também quando o legislador realiza a atividade legislativa ou até mesmo quando as pessoas firmam contratos que funcionam como lei entre elas. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. op. cit., p. 222-223.

<sup>181</sup> GRECO FILHO, Vicente. op. cit., p. 173-174.

Para Luhmann<sup>182</sup>, quando a via judiciária é utilizada, a confrontação direta entre os contendores é reduzida e enfraquecida. “A institucionalização dos conflitos tem a serventia social de canalizá-los pelas vias civilizadas da linguagem adequada, do respeito recíproco, do contraditório e, acima de tudo, da sinceridade das alternativas de comportamento no contexto da atuação e da sua estrutura de motivações.”

Jurisdição<sup>183</sup> é, então, a atividade pública e exclusiva, pela qual “o Estado substitui a atividade das partes interessadas e propicia a atuação da vontade do direito em casos concretos, seja revelando-se mediante uma declaração (processo de conhecimento), seja promovendo com meios práticos os resultados por ela apontados (execução forçada). A jurisdição é, pois, manifestação do poder.”<sup>184</sup>

Dinamarco relata que o processualista atual deve buscar um processo civil de resultados, pois para o litigante o que mais importa é a efetividade da tutela jurisdicional e não a simples possibilidade de poder acionar a via judiciária.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> Luhmann, apud DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 130, nota de rodapé 17.

<sup>183</sup> ROSE define jurisdição como o “exercício de poder do Estado, com imparcialidade, satisfazendo uma pretensão, com poder vinculativo para as partes. Por esses parâmetros, tanto a jurisdição voluntária quanto a contenciosa seria considerada como jurisdição.” ROSE, Cristianne Fonticelha de. O conceito de jurisdição. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de et al. (coord.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 106.

<sup>184</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 77.

<sup>185</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. *Revista Forense* vol. 334. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 20.



Rocha<sup>186</sup> assevera que o direito nunca é totalmente efetivo. A ordem<sup>187</sup> social em determinados momentos acaba sendo lesada e dessas lesões normalmente surgem conflitos.<sup>188</sup>

O autor<sup>189</sup> defende que a finalidade da jurisdição é garantir a eficácia do direito. Segundo ele, o traço individualizador da jurisdição é sua natureza funcional que “consiste, por conseguinte, em estar dirigida, especificamente, ao fim de manter, em última instância, o ordenamento jurídico no caso concreto, ou seja, manter ordenamento jurídico quando este não foi observado espontaneamente pela sociedade.”<sup>190</sup>

A demanda por efetividade do direito é direcionada principalmente ao processo executório. Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>191</sup> aponta a tirania exercida pelo Direito Processual sobre os ramos do Direito Material como um dos fatores da crise do processo executivo, a ponto de sujeitar todas as pretensões e ações de direito material ao tratamento uniforme e obsoleto da ação condenatória. Bedaque<sup>192</sup> afirma que a natureza instrumental das normas processuais devem estar a serviço das regras substanciais, sendo essa a única razão de ser do direito

---

<sup>186</sup> ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 88.

<sup>187</sup> “A ordem existente numa dada sociedade não aparece por acaso, nem é criação direta do direito, como, por vezes, dá a entender a doutrina, mas surge em conexão dialética com a realidade social e econômica, que constitui a base da sociedade.” ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. op. cit., p. 88.

<sup>188</sup> ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. op. cit., p. 37.

<sup>189</sup> ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. op. cit., p. 89.

<sup>190</sup> ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. op. cit., p. 89.

<sup>191</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 1997, p. 47.

<sup>192</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do Direito Material sobre o Processo. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 17.

processual. Não são a técnica<sup>193</sup>, os conceitos ou as definições o objeto principal da ciência processual, e sim a efetividade da tutela jurisdicional.

Segundo Dinamarco<sup>194</sup>, o processo deve ser o instrumento implementador das tarefas que é convocado a realizar. A natureza instrumental do processo tem como essência uma série de escopos a serem concretizados através do processo e do exercício da jurisdição.

*“É sempre indispensável a definição de objetivos, a fim de que saiba afinal para que se exerce a jurisdição em dado quadrante da História de determinado país ou de determinada civilização.”*<sup>195</sup>

O mesmo autor<sup>196</sup> ressalta que tradicionalmente os processualistas apenas reúnem escopos jurídicos do processo, citando várias acepções fundamentadoras desse posicionamento: para Carneluti, é a justa composição da lide; para Chiovenda, é atuação concreta da vontade da lei; para Liebman, é pôr fim ao conflito, aplicando a lei.

Mais importante que os escopos jurídicos é a realização, através do processo, dos escopos metajurídicos, que são: a) a educação dos jurisdicionados (escopo social); b) a pacificação social (escopo social); c) a preservação

---

<sup>193</sup> Muitos operadores jurídicos “fazem do processo o fim, e não o meio, de se atingir a justiça.” LAGRASTA NETO, Caetano. Meios alternativos de solução dos litígios. *Revista dos Tribunais*, volume 639. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro de 1989, p. 22.

<sup>194</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 114-119.

<sup>195</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 120.

<sup>196</sup> “A visão do sistema pelo ângulo interno chegou ao extremo, naquelas perspectivas instrospectivas dos que viam o escopo do processo na produção de decisões ou na coisa julgada, ou na criação de título executivo.” DINAMARCO, Cândido Rangel, Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 120.

institucional, o culto à liberdade e a participação democrática (escopo político); d) a realização da ordem jurídica (escopo jurídico).<sup>197</sup>

A busca pela efetividade do processo representa principalmente a concretização da função sócio-política e jurídica dos escopos institucionais.

*“A efetividade do processo deve ser entendida como a capacidade desse sistema para eliminar concretamente, com justiça, as insatisfações e os conflitos, fazendo cumprir o Direito. Também como a sua aptidão para alcançar os escopos sociais e políticos da jurisdição. Para que isso ocorra, é necessário aparelhar o direito processual para o cumprimento de toda essa complexa missão.”<sup>198</sup>*

O Estado tem falhado muito na concretização da pacificação social, o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição.<sup>199</sup>

As soluções alternativas para os conflitos – mediação, arbitragem e conciliação extrajudicial – podem realizar a pacificação social mesmo não sendo soluções construídas por via judicial.

---

<sup>197</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 121-127.

<sup>198</sup> O autor, quando utiliza o termo “sistema”, refere-se ao direito processual como uma das partes do sistema jurídico estatal. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28.

<sup>199</sup> A jurisdição tem a função de realizar a *pacificação com justiça*. Isso consiste em eliminar os conflitos existentes entre as partes litigantes e, acima de tudo, advertir os encarregados do sistema para que façam do processo “um meio efetivo para a realização da justiça. É para a consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação com a justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder.” DINAMARCO, Cândido Rangel, Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 121-127.

Na busca pela efetividade o que importa é a conquista da pacificação social, por via da jurisdição pública ou da jurisdição privada.<sup>200</sup>

*"Há aqueles conflitos que podem e devem ser solucionados através de instrumentos paraestatais ou privados. Mas é fundamental perceber-se que o Estado, sem a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de um instrumento legítimo, através do qual possa exercer seu poder, em última instância, na busca da pacificação da sociedade. Sempre que um direito não for respeitado espontaneamente, não há como fazê-lo legitimamente senão através do processo."*<sup>201</sup>

A jurisdição prestada pelo Estado poderia ser complementada com a implementação das vias alternativas de solução de conflitos, a qual pode atenuar a crise de eficiência pela qual passa o Judiciário brasileiro.

### 2.3.2 Arbitragem

A arbitragem é uma técnica de solução de conflitos em que um terceiro imparcial ou vários terceiros, cujos poderes estão previstos numa convenção privada convencionada anteriormente entre os conflitantes, decidem com base nessa convenção e nas regras de direito aplicáveis ao caso, sem a interferência do judiciário.

Os doutrinadores divergem quanto à natureza jurídica da arbitragem: uns acham que é de natureza contratual, uma convenção, tendo o árbitro a função de mandatário comum das partes e sendo o laudo a manifestação comum das

---

<sup>200</sup> Numa acepção mais ampla de *jurisdição*, dentro de uma perspectiva funcional e teleológica, a conciliação, a mediação e a arbitragem estariam dentro das atividades jurisdicionais. GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 283.

<sup>201</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 29.

vontades dessas partes. Outros acham que a arbitragem faz parte da administração da Justiça e tem, portanto, natureza jurisdicional.

Segundo Carmona<sup>202</sup>, doutrinadores como Carnelutti e Fazzalari defendem a posição de que a jurisdição é sempre estatal e que a arbitragem não é uma espécie de jurisdição, por não vir de órgão estatal, até pela sua gênese contratual, demonstrando um caráter privativista da arbitragem.

Para Carnelutti<sup>203</sup> a mediação, a arbitragem e a conciliação extrajudicial são equivalentes jurisdicionais, e como tais realizam a composição da lide<sup>204</sup>, embora não possuam caráter público. O autor ressalta que dentre os equivalentes jurisdicionais o que mais se aproxima da jurisdição pública é a arbitragem.

Na arbitragem ocorre a intervenção de um terceiro, cuja decisão os litigantes deverão obedecer futuramente. Esse árbitro é escolhido pelas partes e recebe delas o poder de decisão sobre qualquer conflito que ocorrer na relação. A decisão proferida por esse árbitro tem caráter obrigatório e vinculativo. Portanto, essas características demonstram a semelhança da atividade exercida pelo juiz e pelo árbitro.

A lei 9.307/96 equipara a arbitragem à jurisdição<sup>205</sup> estatal, quando prevê que os árbitros<sup>206</sup>, no exercício de suas funções ou em razão delas,

---

<sup>202</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 31.

<sup>203</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, vol. I. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1989, p. 120.

<sup>204</sup> Segundo Carnelutti, a mediação busca uma composição contratual qualquer, sem importar se ela é justa ou não. Já a conciliação é uma forma que busca a composição justa do conflito. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, vol. I. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1989, p. 120.

<sup>205</sup> Para Puggina, a equiparação da arbitragem à jurisdição estatal é inconstitucional, pois fere o monopólio do Poder Judiciário na função jurisdicional e destaca que os efeitos previstos nos artigos 18, 31 e 32 da lei 9.307/96 ferem a garantia constitucional prevista no artigo 5.º, inciso XXXV, da CF. PUGGINA, Marcio Oliveira. *Arbitragem ou Jurisdição Privada. Justiça & Democracia*.

equiparam-se aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal (art. 17 e 18, lei 9.307/96). A sentença arbitral<sup>207</sup> gera os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, inclusive, se for o caso, a de título executivo judicial (art. 31, Lei 9.307/96).

Para Grinover<sup>208</sup> deve ser adotada uma acepção mais ampla de *jurisdição*, numa perspectiva funcional e teleológica, que englobe entre as atividades jurisdicionais a conciliação e a arbitragem.

É importante não confundir a arbitragem com o instituto do arbitramento, que consiste no estabelecimento de um preço. O arbitramento é uma forma de apurar o valor de determinados fatos ou coisas, dos quais não se tem elementos certos de avaliação. Deve-se também distinguir a perícia técnica da arbitragem. Perícia técnica é a conclusão de um técnico sobre determinado

---

n.º 3. São Paulo: Ateliê Editorial, 1997, p. 208. No entanto, Martins diverge do entendimento de Puggina. Para ele, o objetivo desse dispositivo constitucional é assegurar ao cidadão a possibilidade de recorrer ao judiciário, em caso de necessidade. "O direito de o cidadão acionar a justiça estatal permanece intocado, pois a solução do conflito pela via privada é ato consensual, e não compulsório, e a pessoa ajusta a derrogação da jurisdição estatal na sua capacidade, liberdade e autonomia." MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem constitucionalidade e desnecessidade de homologação judicial. Mediação e arbitragem estratégia de desenvolvimento*. 2.ª ed. Porto Alegre: Inama, 1997, p. 133. Tal entendimento é refutado pelos doutrinadores que estudam a ciência processual na busca da efetividade da tutela jurídica. O conceito de jurisdição precisa ser revisto, sendo o escopo mais importante da jurisdição a pacificação social, objetivo que pode plenamente ser atingido pela utilização da arbitragem e dos outros métodos alternativos de solução de conflitos.

<sup>206</sup> A pessoa, para poder ser árbitro, deve possuir capacidade civil plena, ser pessoa idônea e de confiabilidade entre as partes. Além disso, deve seguir as mesmas regras de impedimentos e suspeição do juiz, presentes nos artigos 134 a 137 do Código de Processo Civil. O árbitro nessa função de substituição das partes tem que ser sempre imparcial, ou seja, dispensar às partes igual tratamento e justiça em todas as fases da arbitragem. O árbitro deve ter competência, ser diligente e ter discricção. CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 101.

<sup>207</sup> O prazo máximo para proferir a sentença é de seis meses, podendo haver prorrogação caso as partes assim acordem mutuamente. A parte interessada tem o prazo de cinco dias, a partir da ciência da sentença, para solicitar a correção de qualquer erro material e esclarecimento de obscuridade, dúvida, contradição e omissão. Esse procedimento seria uma espécie de embargos de declaração em sede de arbitragem. O árbitro, ou o tribunal arbitral, tem dez dias para decidir, aditando a sentença arbitral e notificando as partes.

<sup>208</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 283.

assunto e consiste numa prova que se realiza em processo judicial. A perícia técnica também pode ocorrer dentro da arbitragem, toda vez que for necessária. Tanto a perícia técnica judicial quanto a arbitral exigem do perito conhecimento específico para análise da questão.

O instituto da arbitragem foi incorporado ao direito brasileiro a partir das Ordenações Filipinas. O Código Comercial brasileiro previa aplicação do juiz arbitral compulsório nas questões relativas a locação comercial, matéria societária e questões marítimas. Tal dispositivo foi revogado. Os artigos 1.037 e 1.038 do Código Civil de 1916 previam a figura do compromisso arbitral, e o Código de Processual Civil, no artigo 101 e nos artigos 1.072 a 1.102, previa todo o procedimento do juízo arbitral. Todas essas disposições foram revogadas pela Lei 9.307/96, que adota o termo *convenção arbitral*, e não mais a designação *compromisso arbitral* prevista anteriormente no Código de Processo Civil. A aplicação da arbitragem, como forma de solução de conflitos, restringem-se aos conflitos de natureza patrimonial disponível. Apenas as pessoas absolutamente capazes podem se utilizar da via arbitral para a solução de suas demandas.

O artigo 3º da nova lei de arbitragem prescreve: “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juiz arbitral, mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso<sup>209</sup> arbitral.” (art. 3.º, Lei n.º 9.307/96).

A cláusula compromissória é uma convenção preliminar ajustada entre dois ou mais contraentes. Essa cláusula normalmente vem inserida em contratos civis ou mercantis, e prescreve que na hipótese de ocorrer um conflito entre os contraentes, ele deverá ser solucionado pelo juízo arbitral.

---

<sup>209</sup> O compromisso, segundo Lenza, é um contrato de direito privado estipulado com o fim de produzir entre as partes efeitos processuais, obrigando-as a subtrair à competência da autoridade judiciária ordinária o conhecimento da controvérsia considerada no compromisso, passando tal competência à esfera do juízo arbitral. LENZA, Vítor Barboza. *Cortes Arbitrais*. 2.ª ed. Goiânia: AB, 1999, p. 53. A lei 9.307/96 prevê a possibilidade de conversão da cláusula compromissória em compromisso arbitral.

O requisito formal mais importante da cláusula compromissória é a necessidade de ser escrita. Ela pode estar prevista no próprio contrato ou em documento apartado. Nos contratos de adesão, há ainda a necessidade de estar destacada, como por exemplo, em negrito ou em documento anexo, havendo assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.<sup>210</sup> (art. 4, Lei 9.307/96)

No caso de existir alguma nulidade no contrato, ela não gera efeitos na cláusula compromissória que, portanto, é autônoma em relação ao contrato em que estiver incluída. O árbitro tem o poder de dirimir qualquer controvérsia a respeito da existência, validade e eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. O árbitro dessas questões pode agir por ofício ou por provocação das partes.<sup>211</sup>

Pode ser estabelecido na cláusula compromissória o respeito às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou as partes podem estabelecer, na própria cláusula ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Segundo a Lei 9.307/96, o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. (art. 9.º, lei n.º 9.307/96)

---

<sup>210</sup> Nas relações de consumo não é válida a possibilidade de inserir nos contratos de adesão a cláusula compromissória, pois fere o artigo 51, incisos VII e VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Para Etcheverry, não pode ser afastada a incidência de regras imperativas ou de ordem pública, como a regra do artigo 51, que prevê a nulidade de pleno direito, entre outras, das cláusulas contratuais, relativas ao fornecimento de produtos e serviços, que determinem a utilização compulsória da arbitragem e imponham representante para concluir ou realizar negócio jurídico pelo consumidor. Tal entendimento também tem respaldo legal perante a própria lei de arbitragem, quando no artigo 2.º, parágrafo 2.º, permite às partes escolherem livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública. ETCHEVERRY, Carlos Alberto. A nova lei de arbitragem e os contratos de adesão algumas considerações. *Justiça & Democracia*. n.º 3. São Paulo: Ateliê Editorial, 1997, p.185-192.

<sup>211</sup> Entretanto, o compromisso será nulo se uma parte se aproveitar de sua superioridade econômica e social para induzir a outra a contrai-lo ou a acordar disposições que a coloquem em situação de vantagem, especialmente no que se refere à nomeação ou recusa de árbitros. Artigo



A forma judicial da arbitragem ocorre quando a questão já está em juízo e se realiza por termos nos autos da demanda perante o juiz ou tribunal a que esteja afetada, com assinatura das partes ou dos seus procuradores, munidos de poderes especiais. Nessa forma de compromisso arbitrai judicial, extingue-se o processo com o julgamento de mérito.

No formato extrajudicial, a arbitragem ocorre quando não houver causa ajuizada e celebra-se por escrito público ou particular assinado pelas partes ou seus procuradores especiais e subscrito por duas testemunhas.

Os requisitos essenciais do Compromisso arbitral são os seguintes: a) os nomes, profissão, estado civil e domicílio das partes, elementos indispensáveis para a identificação das partes; b) idem, no que concerne aos árbitros por elas eleitos, bem como dos substitutos nomeados para o caso de falta ou impedimento ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; c) o objeto do litígio, a matéria, com todas as suas especificações, inclusive o seu valor; d) o lugar onde será proferida a sentença arbitral. (lei n.º 9.307/96).

Os requisitos facultativos do compromisso arbitrai são os seguintes: a) o local – ou locais – onde se desenvolve a sentença arbitral; b) a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; c) o prazo em que deve ser proferida a sentença arbitral, ou seja, a decisão do árbitro; d) a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; e) a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com arbitragem; f) a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros. (lei n.º 9.307/96).

O compromisso arbitral pode ser extinto pelas seguintes formas: a) a escusa de qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado não aceitar substituto para ele; b) o falecimento ou impossibilidade de voto de algum dos árbitros, desde que as partes também declarem não aceitar substituto para ele; c) a expiração do prazo estipulado sem que tenha sido proferida a sentença arbitral; d) no caso de falecimento de uma das partes, deixando apenas herdeiro incapaz. (art. 12, lei n.º 9.307/96).

O árbitro<sup>212</sup> é juiz de direito e de fato, e a decisão que prolata não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário. Além disso, a parte desfavorecida não tem direito a recorrer da sua decisão no Judiciário.

A lei de arbitragem prevê o respeito aos princípios constitucionais de natureza processual: princípio do contraditório (art. 5.º, inciso LV); princípio da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I); princípio da imparcialidade do juiz (art. 95), e a proibição dos juízos e tribunais de exceção (art. 5.º, inciso XXXVII).<sup>213</sup>

A conciliação pode ocorrer a qualquer momento dentro do procedimento arbitral. Caso ocorra, será reduzida a escrito e submetida ao árbitro para que ele declare tal fato mediante sentença arbitral.

---

<sup>212</sup> Existe um código de ética para os árbitros internacionais, formulado pela "International Bar Association", que trata da conduta do árbitro, honorários, dever de diligência e outras disposições. Esse código pode e deve ser visto pelas entidades brasileiras que realizam a arbitragem em nível nacional. Existem também cursos regulares para treinamento de prováveis árbitros em âmbito internacional. CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 103. O árbitro pode ser autorizado pelas partes a proferir sua sentença com base na equidade, ou seja, fora das formas e regras expressas de direito, mister que é defeso aos magistrados togados. Podem ainda os árbitros proferirem suas sentenças arbitrais com base no direito positivo nacional ou estrangeiro por equidade, nos usos e costumes, e também, se for o caso, nas práticas internacionais do comércio. LENZA, Vítor Barboza. *Cortes Arbitrais*. 2.ª ed. Goiânia: AB, 1999, p. 50.

<sup>213</sup> Desse modo, a garantia desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém poder ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competência que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. A constituição brasileira de 1988 reintroduziu a garantia do juiz competente no art. 5º, inciso LII. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal*. 2.ª ed., São Paulo: RT, 1995, p.27.

Havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao Poder Judiciário, ou seja, o árbitro pode pedir medidas cautelares de ofício ao juiz, ou pedir-lhe formas para que a sua medida cautelar expedida tenha eficácia. (artigo 22, parágrafo único, Lei 9.307/96)

Proferida a sentença arbitral<sup>214</sup>, pode ocorrer o cumprimento ou o não cumprimento voluntário da parte vencida.

No caso de cumprimento voluntário da parte vencida, extingue-se o conflito entre as partes. Entretanto, na hipótese de não cumprimento voluntário da parte vencida, cabe à parte vencedora recorrer ao Judiciário para a execução da sentença arbitral. O interessado pode recorrer à justiça comum ou especial, desde que a condenação se enquadre nas suas regras de competência.

*"No plano internacional, duas foram as mais importantes alterações introduzidas pela lei, a saber, a extinção do sistema de dupla homologação dos laudos arbitrais proferidos no exterior e a admissibilidade da via postal para a citação da parte domiciliada no Brasil."*<sup>215</sup>

A sentença arbitral estrangeira pode ser reconhecida ou executada no Brasil, sendo necessária sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>216</sup> (artigos 34 e 35, Lei 9.307/96)

---

<sup>214</sup> A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. (artigo 31, lei 9.307/96)

<sup>215</sup> TIBURCIO, Carmen. A arbitragem no Direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, volume 351, 2000, p. 59.

<sup>216</sup> É considerada sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional, por órgão não nacional. A Constituição Federal Brasileira, no artigo 102, inciso I, alínea h, prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a homologação das sentenças estrangeiras.

## 2.4 Mediação

Segundo o Manual do Mediador, *mediação* significa intervenção destinada a produzir um acordo. É uma forma de intervenção autocompositiva que apresenta às partes a possibilidade de resolver a disputa de acordo com suas necessidades objetivas. “No processo de mediação, as partes têm mais ingerência e poder do que através de um processo judicial formal. O mediador se limita a traduzir, sugerir, advertir ou recomendar possíveis meios de resolver a disputa.”<sup>217</sup>

Mediação é a atividade técnica exercida por uma terceira pessoa que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, escuta-as e orienta-as, com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem o conflito.<sup>218</sup>

A mediação é uma forma autocompositiva<sup>219</sup> de solução de conflitos porque o poder de tomada de decisões cabe às partes.

Para Warat<sup>220</sup>, a mediação serve-se do conflito para efetuar um trabalho de reconstrução simbólica com o outro. A presença de um terceiro é fundamental nesse processo; ele cumpre as funções de escuta, interpretação e transferência.

---

<sup>217</sup> MINISTÉRIO DO TRABALHO – Secretaria de Relações do Trabalho – Manual do mediador. Brasília: MTB, SRT, 1996. p. 11.

<sup>218</sup> Redação de acordo como artigo primeiro do Projeto de Lei n.º 4.287, de 2000, do Congresso Nacional Brasileiro. Projeto que institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

<sup>219</sup> “O processo é de autocomposição, na medida em que são as mesmas partes envolvidas que tentam, por elas mesmas, chegar a um acordo, recompondo os ingredientes (afetivos, jurídicos, patrimoniais ou de outros tipos) que possam gerar o diferente.” WARAT, Luiz Alberto. A mediação e a previdência social. *Introdução ao direito previdenciário*. In: MONTEIRO, Meire Lúcia (coordenadora). São Paulo: LTR, 1998. p. 193/194.

<sup>220</sup> WARAT, Luiz Alberto. op. cit., p. 193.

O autor conceitua a mediação como um procedimento<sup>221</sup> assistido (ou terceirizado) de auto-eco<sup>222</sup>-composição alterativa<sup>223</sup> dos conflitos sociais, em suas diversas modalidades.

A mediação é um modo de construção e de gestão da vida social proporcionado pela intermediação de um terceiro imparcial e independente, sem outro poder que não a autoridade reconhecida pelas partes que o escolheram ou reconheceram livremente. Sua missão fundamental é (re)estabelecer a comunicação.<sup>224</sup>

*“Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional onde este poder é delegado aos profissionais do Direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais.”<sup>225</sup>*

<sup>221</sup> Segundo Warat, é um procedimento, pois na medida em que respondem a determinados rituais, técnicas, princípios e estratégias esses instrumentos são utilizados para a busca de um acordo. WARAT, Luiz Alberto. op. cit. p. 193.

<sup>222</sup> A mediação é uma forma ecológica de autocomposição, na medida em que, ao buscar uma negociação transformadora das diferenças, facilita uma considerável melhoria na qualidade de vida. WARAT, Luiz Alberto op. cit.. p. 194. “A natureza não têm fronteiras: o solo, o ar, os rios, as florestas, os oceanos pertencem a todos, à nossa geração, mas, sobretudo, às gerações futuras. Jogar lixo no vizinho é jogá-lo no nosso quintal. Os fenômenos da macro contaminação apontaram para o fato de que o verdadeiro inimigo da natureza é o próprio ser humano que tentou esquecer a interligação planetária dos elementos. Foi a consciência ecológica que despertou a humanidade para a inter-conexão global, alertando contra o perigo das decisões baseadas em visões regionalistas.” GALANO, Monica Haydee. Mediação – uma nova mentalidade. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 108.

<sup>223</sup> A solução do conflito por mediação abre a possibilidade de transformação desse conflito, produzindo no mesmo a diferença em relação ao outro. “Falar da alteridade é dizer muito mais coisas que a simples referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição.” WARAT, Luiz Alberto. op. cit. p. 196.

<sup>224</sup> BONAFÊ-SCHIMITT apud MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1999, p. 145.

<sup>225</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1999, p. 146.

A mediação deriva da negociação, dela diferindo pela presença de um terceiro, imparcial, que tem a função de catalisar os conflitos e conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância dessas soluções.<sup>226</sup>

Os conflitos solucionados pela negociação podem alcançar resultados mais satisfatórios para os litigantes porque estão voltados para a composição, de tal forma que atenda aos interesses de todos os lados. “Não existe a preocupação do prêmio e do castigo, mas a resolução de uma questão que é entendida pelas partes como comum e, como tal, devendo ser resolvida.”<sup>227</sup>

A questão a respeito de quem tem o poder de decisão é o critério mais importante para diferenciar a mediação da arbitragem. Na arbitragem, quem decide é o árbitro. Já na mediação, são as partes.

Cooley<sup>228</sup> traz um outro critério de distinção, que toma como base as funções mentais desempenhadas pela pessoa que intervém no processo como mediador ou como árbitro. Segundo o autor, na arbitragem o árbitro utiliza mais o “lado esquerdo do cérebro”, relacionado com as habilidades “racionais”, como matemática, lógica, técnica e outras. Já o mediador utiliza mais o “lado direito do cérebro”, vinculado às habilidades “criativas”, como conceitual, artística, intuitiva, emocional e outras.<sup>229</sup>

---

<sup>226</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 90.

<sup>227</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 89.

<sup>228</sup> COOLEY, John W. LUBET, Steven. *Advocacia de arbitragem*. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 25.

<sup>229</sup> “O árbitro lida em grande medida com o objetivo, enquanto o mediador lida primordialmente com o subjetivo.” COOLEY, John W. LUBET, Steven. *Advocacia de arbitragem*. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 25.

A mediação também difere da conciliação.<sup>230</sup> Entretanto a diferença dos dois institutos é muito tênue, sendo muito comum até mesmo a confusão<sup>231</sup> entre ambos, enquadrando-se um instituto como espécie do outro.<sup>232</sup>

Para Fiuza<sup>233</sup>, a mediação é uma forma de composição de conflitos de interesses, que através da aproximação das partes busca uma solução amigável, capaz de resolver definitivamente a questão, seja por meio da conciliação, seja pela transação. A mediação tende à autocomposição, sendo o gênero do qual as demais formas são as espécies.

O conciliador desenvolve, na conciliação, a aproximação das partes e a tentativa de acordo entre elas, sem fazer propostas, orientando sua atividade com vistas à composição eqüitativa do conflito.<sup>234</sup>

A distinção entre essas duas formas de solução de conflitos torna-se cada vez mais complexa, porque na atualidade alguns elementos, tidos anteriormente como característica de uma forma, acabaram, com o tempo, por

<sup>230</sup> “Na mediação, o terceiro auxilia de forma intensa as partes conflitantes, oferecendo inclusive uma proposta de autocomposição. Na conciliação, o terceiro limita-se a receber as propostas das partes e tenta conciliá-las buscando um denominador comum.” ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31.

<sup>231</sup> Para o direito espanhol, as expressões *mediação* e *conciliação* possuem o mesmo significado. A conciliação, na sua projeção jurídica, é a atuação de um terceiro dirigida a facilitar o acordo entre as partes em conflito. O papel essencial do conciliador é impulsionar o diálogo e a negociação entre as partes, sem sugerir ou propor soluções (mediação), nem tampouco resolver os pontos controvertidos. Segundo o dicionário jurídico Espasa, toda solução de conflito em que haja a intervenção de um terceiro imparcial é heterocomposição. Portanto, a mediação e a conciliação são classificadas como formas de heterocomposição no direito espanhol. DICIONÁRIO JURÍDICO ESPASA. Madrid: Fundación Tomás Moro, 1991, p. 251.

<sup>232</sup> Para Lenza, a mais importante espécie de mediação é a conciliação. O autor relaciona em sua obra outras formas de mediação existentes: facilitation, fact-finding, mini-trial, consumer ombudsman, market court e public complain board. LENZA, Vítor Barboza. *Cortes Arbitrais*. 2.ª ed. Goiânia: AB, 1999, p. 39-40.

<sup>233</sup> FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 58.

<sup>234</sup> AMARAL, Lídia Miranda de Lima. *Mediação e Arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil*. São Paulo: LTr, 1994, p. 23.

serem incorporados na outra forma. Um exemplo dessa situação é que muitos autores traziam como elementos diferenciadores da conciliação em relação à mediação a possibilidade de, nesta última, o mediador poder ser escolhido e propor uma solução. Entretanto hoje em dia, em muitos países, o mediador é imposto, além de o conciliador poder participar de forma extremamente ativa, propondo soluções.<sup>235</sup>

Na atualidade a confusão entre os dois institutos é bastante comum. Em alguns países, a “conciliação” aproxima-se das características básicas da mediação.

*“A mediação é, assim, um procedimento intermediário entre a conciliação e a arbitragem, pois ela implica a intervenção de um terceiro, o que nem sempre é o caso em matéria de conciliação. Esse terceiro, entretanto, não dispõe, ao contrário do árbitro, do poder de resolver o litígio.”<sup>236</sup>*

Para Lenza<sup>237</sup>, a conciliação judicial é a obtida através de composição justa, enquanto a extrajudicial se confunde com a mediação, assemelhando-se a uma composição contratual, levando-se em conta a natureza da composição.

A mediação é um processo pacífico e não adversarial de solução de conflitos, ultrapassando os limites do conflito a ser resolvido<sup>238</sup>. Afinal, muitas vezes o conteúdo do conflito exposto pelas partes não traduz efetivamente a realidade da situação conflituosa existente entre as mesmas, e nesse ponto reside o diferencial da utilização da mediação como forma resolutiva, pois com a

<sup>235</sup> CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves. op. cit., p. 7.

<sup>236</sup> ARNAUD, André Jean et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 14.

<sup>237</sup> Sobre a conciliação judicial o autor ressalta que o juiz, quando realiza a audiência de conciliação prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil, atua como um autêntico mediador. LENZA, Vítor Barboza. *Cortes Arbitrais*. 2.ª ed. Goiânia: AB, 1999, p. 34-37.

<sup>238</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 145.



aplicação da mediação abre-se a possibilidade de uma solução real, edificada entre as partes, e não uma decisão fria, imposta, em cuja construção as partes não participem efetivamente.

Segundo Serpa<sup>239</sup>, com base na atuação do mediador no processo de mediação é que se verifica a diferença desse instituto frente aos outros métodos de solução de conflitos. É mais ativo o papel do mediador no processo de mediação em termos de facilitação da resolução do conflito e mais passivo em relação à intervenção no mérito ou enquadramento legal.

*“(...)a mediação como um processo que facilita, com a ajuda de um mediador, a interpretação entre as partes, trabalhando segredos do que foi enunciado como pretensão, interpretando a história do conflito, para produzir uma diferença, por seu reconhecimento, numa inscrição simbólica com o outro.”<sup>240</sup>*

A mediação pode ser definida como um processo no qual os participantes, com a assistência de uma ou mais pessoas, sistematicamente isolam questões em disputa para desenvolver opções, considerar alternativas e alcançar uma decisão baseada em consenso, que possa atender às necessidades das partes.<sup>241</sup>

A atuação do mediador é similar à de um conselheiro. O seu trabalho consiste em aproximar as partes, auxiliá-las na dissecação do problema, compreender as zonas de impasse existentes – e que possam ser trabalhadas de uma forma menos traumática – e finalmente, tentar construir uma solução positiva, satisfatória e eficaz para as partes, através do consenso.

---

<sup>239</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 147.

<sup>240</sup> WARAT, Luiz Alberto. A mediação e a previdência social. *Introdução ao direito previdenciário*. In: MONTEIRO, Meire Lúcia (coordenadora). São Paulo: LTR, 1998. p. 199.

<sup>241</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 147.

Para Gozaíni<sup>242</sup>, a mediação não busca a conciliação de interesses antagônicos sobre o mesmo objeto, mas tem como objetivo encontrar uma solução pacífica, uma alternativa flexível que não tenha o marco preciso da perspectiva analisada, podendo conseguir resultados absolutamente diferentes do quadro típico que qualifica a pretensão e sua resistência.

A mediação existe em diversos países; é uma forma de solução de conflitos presente em quase todas as culturas do mundo.

Em tempos bíblicos, as comunidades judaicas utilizavam a mediação, praticada tanto por líderes religiosos quanto políticos, para resolver diferenças civis e religiosas. As tradições judaicas de solução de conflitos foram transportadas para as comunidades cristãs emergentes, que viam Cristo como mediador supremo. Esse conceito de intermediário serviu para legitimar o clero como mediador perante a sociedade. Até a Renascença, a Igreja Católica, na Europa Ocidental e a Igreja Ortodoxa, no Leste Europeu, foram, provavelmente, as principais organizações de mediação e administração de conflitos da sociedade ocidental.<sup>243</sup>

É muito antiga a prática da mediação nos países de cultura islâmica. Nas sociedades pastoris do Oriente Médio era muito comum a solução de conflitos através de uma reunião comunitária dos idosos, em que os participantes discutiam, debatiam, deliberavam e mediavam para resolver questões tribais ou intertribais críticas ou conflituosas.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1995, p. 15.

<sup>243</sup> MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução Magda França Lopes. 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 32.

<sup>244</sup> MOORE, Christopher W. op. cit., p. 32.

O hinduísmo e o budismo, bem como as regiões que por eles influenciadas, têm uma longa história de mediação.<sup>245</sup>

Nos Estados Unidos e no Canadá, os Puritanos, os Quakers e os grupos étnicos chineses e judaicos desenvolveram procedimentos alternativos de natureza informal e voluntária para a resolução de disputas.<sup>246</sup>

Há poucas décadas atrás a mediação no ocidente estava quase adstrita à resolução de conflitos internacionais. Hoje, nos Estados Unidos da América, por exemplo, a mediação é a forma mais comum de resolução de conflitos.<sup>247</sup>

Nos últimos vinte e cinco anos tem ocorrido um acréscimo da utilização das formas alternativas de solução de conflitos na maioria dos países, e além disso, outras formas de soluções de conflitos estão sendo criadas.

*“Este crescimento deve-se em parte a um reconhecimento mais amplo dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, à expansão das aspirações pela participação democrática em todos os níveis sociais e políticos, à crença de que um indivíduo tem o direito de participar e de ter controle das decisões que afetam sua própria vida, a um apoio ético aos acordos particulares e às tendências, em algumas regiões, para maior tolerância à diversidade. A mudança também tem sido motivada pela crescente insatisfação com os processos autoritários de tomada de decisões, acordos impostos que não se ajustam adequadamente aos interesses genuínos das partes, e aos custos cada vez*

<sup>245</sup> A mediação tem sido amplamente praticada na China, no Japão e em várias outras sociedades asiáticas, onde a religião e a filosofia enfatizam fortemente o consenso social, a persuasão moral e a busca do equilíbrio e da harmonia nas relações humanas. BROWN, apud MOORE, Christopher W. op. cit., p. 33.

<sup>246</sup> Esses procedimentos funcionavam paralelamente aos mecanismos preexistentes de solução de conflitos dos povos americanos nativos e das primeiras nações que normalmente realizavam reuniões de conselhos baseadas no consenso, conduzidas por um ou vários idosos, para resolver as questões. LERESCHE, apud MOORE, Christopher W. op. cit., p. 33.

<sup>247</sup> FOLGER, Joseph P., JONES, Tricia S. *Mediación. Nuevas direcciones en mediación. Investigación y Perspectivas comunicacionales*. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1997, p. 11-12.

*maiores – em dinheiro, tempo, recursos humanos, solidariedade interpessoal e comunitária – de processos adversariais, do tipo ganhador-perdedor, de resolução de disputas.*<sup>248</sup>

Em 1975 havia doze centros comunitários de resolução de conflitos nos Estados Unidos. Em 1986 já se contava com mais de quatrocentos programas de mediação anexos a tribunais ou com base em comunidades, nos quais se mediavam conflitos familiares, vicinais, locais e outros.<sup>249</sup>

O Canadá também desenvolveu programas de mediação de base comunitária em várias províncias, ressaltando-se a prestação de mediação para as famílias da zona rural.<sup>250</sup>

A China realiza a mediação através dos Comitês Populares de Conciliação e dos Tribunais de Conciliação.<sup>251</sup> A mediação praticada na Austrália e na Nova Zelândia é similar à mediação praticada na América do Norte.<sup>252</sup> As culturas indígena e hispânica da América Latina têm se servido da mediação ao longo da história e a empregam atualmente para lidar com várias disputas.<sup>253</sup> Na

<sup>248</sup> MOORE, Christopher W. *O processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução Magda França Lopes. 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 34.

<sup>249</sup> JOHNSON, apud FOLGER, Joseph P., JONES, Tricia S. *Mediación. Nuevas direcciones en mediación. Investigación y Perspectivas comunicacionales*. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1997, p. 12-13.

<sup>250</sup> MOORE, Christopher W. op. cit., p. 36.

<sup>251</sup> Os Comitês Populares de Conciliação são prestadores de serviços institucionalizados, criados pelo governo. Eles proporcionam serviços de mediação primário, nos níveis da vizinhança, da aldeia, da vila, do distrito e do condado. Os mediadores são, em geral, líderes de aldeias afastadas e que gozam de prestígio elevado. O tribunal de conciliação ocorre no processo de resolução de casos judiciais e é geralmente mediado pelo juiz auditor. MOORE, Christopher W. op. cit., p. 41. Na Ásia, a prática da mediação também é comum no Japão, Tailândia, Malásia, Indonésia, Filipinas, Sri Lanka, Índia, Nepal, Paquistão e Bangladesh. MOORE, Christopher W. op. cit., p. 42-43.

<sup>252</sup> Na Melanésia a mediação também é usual. MOORE, Christopher W. op. cit., p. 43-44.

<sup>253</sup> O Tribunal de Águas de Valencia, na Espanha, realiza desde 1239 a mediação entre os camponeses daquela região para regular o tipo de conflito mais importante: o uso da água. Dentro da América Latina, em Oaxaca, México, existem instituições que regulam o conflito popular e que são uma afortunada combinação de processos e culturas indígenas e castelhanas. O ideal

África, e principalmente na África do Sul, é muito antiga e comum a mediação<sup>254</sup>, que também tem desempenhado um papel importante nas sociedades do Oriente Médio, na resolução de sérias disputas diplomáticas e guerras.<sup>255</sup> A Europa também começou a adotar e desenvolver mais amplamente processos e instituições de mediação.<sup>256</sup> Portanto, a mediação e as resoluções alternativas de disputas estão se institucionalizando em diversos países.

Acompanha-se também um crescente número de entidades criadas para regulamentar e fornecer os serviços de resolução de conflitos.<sup>257</sup>

A mediação pode ser judicial ou extrajudicial. No formato judicial, ela é repleta de procedimentos formais, de origem legal ou convencional, que trazem um parâmetro de conduta dos mediadores e cujo desenrolar pode se assemelhar ao de um procedimento judicial.<sup>258</sup>

---

zapoteca é que, na resolução dos conflitos, se consiga restabelecer o equilíbrio entre as partes. HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, 1998, p. 145.

<sup>254</sup> A maioria dos municípios urbanos africanos possui tribunais informais. ARNAUD, André Jean et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 20.

<sup>255</sup> A mediação é especialmente fundamental nas sociedades do Oriente Médio em que a honra está em jogo e quaisquer concessões parecerão resultar em perda do auto-respeito ou da dignidade. Por isso, as negociações face-a-face são extremamente difíceis e é necessário um intermediário para separar as partes e para elaborar um arranjo aceitável que preserve a honra. MOORE, Christopher W. op. cit., p. 46.

<sup>256</sup> A mediação está sendo implantada em diversos países europeus: Irlanda, Grã-Bretanha, Holanda, Alemanha, França, países escandinavos, Polônia, Eslováquia, República Tcheca, Hungria, Bulgária e outros. MOORE, Christopher W. op. cit., p. 47.

<sup>257</sup> No Brasil, por exemplo, têm sido criados diversos institutos, como exemplo, o Inama – Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem – que possui seccionais em diversos Estados brasileiros.

<sup>258</sup> Nos Estados Unidos a mediação judicial é uma fase obrigatória nas ações que versam sobre divórcio. Já nas ações que versam sobre direito penal a utilização da mediação é facultativa. ARNAUD, André Jean et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 14.

As principais características, os campos de atuação, os tipos, o processo e as vantagens e desvantagens da mediação, bem como outros itens relacionados a esse meio de resolução de conflitos, serão abordados no capítulo seguinte.

## CAPÍTULO 3 – Teoria Geral da Mediação:

### 3.1 Elementos da Mediação

Os elementos integrantes da mediação são as partes, a disputa<sup>259</sup> e o mediador.

Não existe hierarquia entre os elementos integrantes da mediação. Entretanto vale ressaltar que no processo de mediação as partes têm função destacada, porque cabe a elas a explanação completa da disputa, a decisão quanto à rapidez ou lentidão do procedimento, bem como pela interrupção ou continuação do procedimento, que também será construído pelas partes.

Na mediação não existe diversidade antagônica de pareceres enfrentados, como ocorre com o modelo conflitual (judicial e arbitral), que vê os litigantes como rivais; trata-se de estabelecer um critério de equidade social distributiva, em que o mais importante é manter situações duradouras entre indivíduos e grupos, ao invés de criar uma solução isolada, com rígidas aplicações jurídicas.<sup>260</sup>

A essência do procedimento de mediação está na construção de uma solução satisfatória para as partes, as quais interagem na busca de uma solução cooperativa. O conflito é exposto sem “máscaras”, havendo, portanto, a quebra do mito de que o conflito é necessariamente algo negativo, que deve ser combatido. As partes elaboram uma solução sem traumas, possibilitando, assim, que no

---

<sup>259</sup> No capítulo I foi dito que a disputa é um conflito interpessoal comunicado ou manifestado, que uma disputa encerra em seu contexto vários tipos de conflitos e que é necessário entender o conflito na sua acepção ampla, que o concebe como o confronto de poder na luta de todas as coisas por se manifestarem, entendimento adotado por SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 22-25.

<sup>260</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1995, p. 79.

futuro elas possam conviver harmonicamente. Entretanto, se uma das partes resistir e continuar investindo na atitude combativa, a construção da solução mediada estará ameaçada e o procedimento dificilmente será eficaz.

*“Importante ressaltar que o processo da mediação é, muitas vezes, desenvolvido quando as partes, além de seu interesse, que buscam ter respeitado, apresentam-se em um estado sentimental conturbado. É, portanto, dever do mediador trabalhar para minimizar as consequências disto. Um processo que se desencadeia entre partes que buscam o prejuízo da outra, como forma de satisfação pessoal, não terá êxito, eis que exitoso somente será o processo que apresentar como solução um acordo satisfatório para os envolvidos.”<sup>261</sup>*

Na mediação pode ocorrer a intervenção de advogados das partes, mas tal intervenção não é indispensável, e deve ser limitada às hipóteses em que seja realmente necessária a realização de algum esclarecimento legal para melhor entendimento da controvérsia.<sup>262</sup>

Segundo Aroca<sup>263</sup>, em 1745 Voltaire já questionava a validade da presença do advogado nos processos conciliatórios. Se no processo se quer buscar uma solução conciliatória e as partes comparecem acompanhadas de advogados, estes devem ser retirados, como se separa a lenha do fogo que se quer apagar. Há autores, no entanto, que consideram a presença do advogado imprescindível no procedimento da mediação.

---

<sup>261</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1999, p. 157.

<sup>262</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 147.

<sup>263</sup> VOLTAIRE, apud AROCA, Juan Montero. op. cit., 206.



Para Braga Neto<sup>264</sup>, a mediação nunca será bem sucedida se não contar com a assessoria dos advogados. Esse autor ressalta ainda que o papel profícuo dos advogados é de preparação dos mediados para o procedimento não-adversarial. Entretanto, é questionável a possibilidade de os advogados realizarem essa preparação mais cooperativa, pois a maioria das instituições brasileiras que realizam a formação desses profissionais prioriza a formação de um técnico hábil em engendrar maneiras de postergar o processo decisório, aguçando a litigiosidade na relação.

É rara a formação de profissionais do direito aptos para a realização de estratégias voltadas à prevenção<sup>265</sup> e solução de conflitos.

Outro questionamento a ser feito sobre a real possibilidade de os advogados estarem aptos a essa função é o símbolo atribuído a esse profissional. Tradicionalmente, o perfil do bom advogado é associado à imagem da pessoa embativa, afeita a conflitos, e que consegue vencê-los ou impedir ao máximo o bom andamento do processo, chegando, muitas vezes, a um certo abuso do direito de demandar. Tal abuso é aceitável e elogiado, entretanto, porque feito em prol do bem, tido como mais relevante a sobreposição de suas idéias, o domínio do verbo, o domínio da melhor oratória e da melhor tese de argumentação.

A atuação da maioria dos advogados assemelha-se em muito ao desempenho de um atleta disputando a partida final de um campeonato, em que deve buscar a vitória e, concomitantemente, impedir que a estratégia do

---

<sup>264</sup> BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 93-101.

<sup>265</sup> Interessante ressaltar que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece como dever dos advogados o estímulo à conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

adversário se concretize; através da derrota do adversário, consegue-se o bem tido como o mais relevante, ou seja, a vitória.<sup>266</sup>

Para ser inserido no processo de mediação, o advogado tem que, necessariamente, mudar a forma de conduzir o conflito, devendo, antes de tudo, procurar compor a disputa.

Vezzulla<sup>267</sup> ressalta que para a implementação da mediação no Estado brasileiro é necessário uma mudança de paradigmas. Para o autor, não se trata de usar a mediação como uma forma a mais de solucionar os conflitos, mas de encarar a mediação como um novo caminho de resolução de conflitos baseado na vontade das partes e na boa fé entre elas. Acrescenta, ainda, que essa mudança de paradigmas deve atingir fundamentalmente os advogados, acostumados a apresentar seus casos no sistema adversarial da justiça. Segundo ele, os advogados deverão compreender o desafio que representa a mediação como técnica não adversarial e como técnica que permite que as próprias partes investiguem o que acontece entre elas e o que desejam obter e se comprometam a, cooperativamente, buscar uma solução satisfatória para ambas.

Para Amaral<sup>268</sup>, a função do mediador<sup>269</sup> é ser uma “ponte” entre os litigantes. O mediador deve ter conhecimento técnico da área, “vasta experiência

---

<sup>266</sup> É interessante uma referência à obra de Sun Tzu, A Arte da Guerra, um dos livros mais recomendados para encontrar o caminho da vitória em todas as espécies de conflito, um manual genial de como “fazer a guerra”, que grandes escritores de advocacia recomendam como leitura indispensável para se “conquistar” grandes vitórias judiciais! TZU, Sun. *A arte da guerra*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo, Martin Claret, 2001.

<sup>267</sup> “Se ele representa uma das partes numa mediação, deverá fazê-lo pensando no que seu cliente deseja obter e não no que ele pensa que é o melhor para seu cliente. Até agora tínhamos terceirizado a solução de nossos conflitos (um terceiro decidindo por nós). Com a mediação, podemos assumir a condução do conflito e a procura de soluções por nós mesmos. Nossos advogados devem auxiliar-nos nessa tarefa e dar-nos todo o suporte legal para que possamos decidir bem.” VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 115.

<sup>268</sup> AMARAL, Lídia Miranda de Lima. *Mediação e Arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil*. São Paulo: LTr, 1994, p. 24.

<sup>269</sup> “Entretanto, recomenda-se, devido à seriedade e cientificidade do instituto, que o mediador seja alguém preparado para exercer tais funções e que possua o conhecimento jurídico e técnico

no processo de negociação e grande habilidade em insuflar o desejo de chegar a um acordo. O mediador age como um elemento catalisador, que acelera a composição.”

As partes em conflito devem chegar a um acordo que satisfaça a ambas: o mediador deve estar preparado para adaptar os termos do acordo em cláusulas escritas, de modo que, se for necessário, esse acordo possa ser executado posteriormente. Como o acordo foi mútuo e voluntário, os conflitantes o cumprem espontaneamente com uma maior freqüência do que nos casos impostos por sentença judicial.<sup>270</sup>

O mediador faz com que as partes descubram qual é o verdadeiro tema em debate e entendam a diferença entre o que querem e o que precisam, ou seja, que entendam as opções com realismo.<sup>271</sup>

Segundo Six<sup>272</sup>, existem dois tipos de mediação que devem coexistir<sup>273</sup>: uma mediação proveniente de alguma instituição, ou seja, emitida por um poder, e a outra independente, suscitada pela vida cotidiana, a mediação cidadã. O autor recomenda a coexistência pacífica das duas. Não se deve eliminar uma e impor a outra.

---

necessário para o bom desenvolvimento do processo. Ressalta-se, então, que profissionais preparados para exercer a função de mediador utilizam-se de técnicas de manejo comportamental previamente programadas a fim de estimular as partes a participar efetiva e proveitosamente das atividades do processo objetivando obter uma decisão que realmente pacifique a discordância.” MARSH, apud MORAIS, Jose Luis Bolsan de. op. cit., p. 152.

<sup>270</sup> HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, 1998, p. 196.

<sup>271</sup> HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladys S. op. cit., p. 197. O mediador pode ser qualquer pessoa que as próprias partes, ou órgão estatal ou privado, venham a indicar.

<sup>272</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 14.

<sup>273</sup> Os mediadores institucionais e os mediadores cidadãos, ainda que permaneça cada um em sua esfera e em sua função, devem dialogar sobre seus assuntos respectivos e sobre suas diferentes funções. É uma necessidade do futuro da mediação que pede uma confrontação e uma concordância entre ambos. SIX, Jean François. op. cit., p. 44.

Para Kolb<sup>274</sup>, a grande diferença entre as mediações realizadas nos diversos tipos de conflito não é propriamente a natureza antagônica dos conflitos, mas a forma como a mediação é conduzida pelo mediador.

Kolb<sup>275</sup>, em sua obra, diferencia três tipos de profissionais que trabalham, direta ou indiretamente, com a mediação: a) os mediadores profissionais, que atuam em jornada completa no setor, exercem a mediação privadamente ou para governo. A renda da maioria desses mediadores vem apenas do trabalho como mediador; b) os mediadores que aplicam a mediação na prática, mas realizam também atividades públicas de apoio ao procedimento, denominados construtores do campo; c) as pessoas que não se apresentam como mediadoras, mas que utilizam a mediação para outros fins.

Segundo Kolb<sup>276</sup>, exercer a mediação no setor privado com dedicação exclusiva é bastante complexo, e os profissionais que atuam nos Estados Unidos conseguem clientes através de sua reputação ou através de sua rede de contatos com advogados, funcionários do governo e empresários. Muitos aparecem em cartilhas ou listas de referências preparadas por instituições atuantes no setor. Outros profissionais associam-se a firmas ou consórcios privados para conseguirem clientes ou, em casos importantes, participarem de licitações de projetos.

Os mediadores que trabalham no setor privado normalmente conseguem reputação na cidade em que trabalham e num campo de atuação especializado. Portanto, é provável que sua reputação e sua rede de contatos

---

<sup>274</sup> KOLB, Deborah M. et al. *Mediación Cuando hablar da resultado. Perfiles de mediadores*. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1997, p. 22.

<sup>275</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 23-24.

<sup>276</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 23-24.

sejam principalmente locais, e é possível que esse profissional não seja conhecido fora do campo de atuação especializado.<sup>277</sup>

Os mediadores que trabalham no setor público normalmente conseguem reputação apenas no local em que exercem seu ofício, onde os recursos são escassos e a carga de trabalho é excessiva,<sup>278</sup> superior à que podem concretizar. Suas principais preocupações devem ser a importância social do trabalho que desenvolvem e a credibilidade deste.<sup>279</sup>

Os construtores do campo, conforme classificado anteriormente, são conhecidos por sua defesa pública da mediação e por sua prática. Ressaltam sua eficiência e capacidade para cortar custos e concedem<sup>280</sup> à comunidade o poder de transformar as relações pessoais através da resolução profissional do problema.<sup>281</sup>

Os construtores do campo exercem múltiplas atividades e são, portanto, muito ocupados. O tempo que sobra para a mediação é, freqüentemente, escasso, e nos casos mediados a pressão do tempo é inevitável. Às vezes suas agendas lotadas definem o tempo que podem dedicar a um caso, de modo que as partes têm que acomodar suas necessidades às desses mediadores ocupados.<sup>282</sup>

---

<sup>277</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 27.

<sup>278</sup> Para Kolb, nesse contexto é que tanto as partes como o mediador gozam de maior liberdade de decisão acerca da viabilidade ou não de participar da mediação. KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 28.

<sup>279</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 367.

<sup>280</sup> A palavra *conceder* tem o sentido de dar a titulação adequada para o exercício profissional como mediador.

<sup>281</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 365.

<sup>282</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 366.

Muitos mediadores sobrevivem apenas da renda proveniente da prática profissional como mediador e necessitam demonstrar destreza na forma de conduzir as disputas.

Os mediadores profissionais trabalham em tempo integral e enfrentam consideráveis desafios à sua credibilidade e legitimidade. Eles têm que “vender-se”, enquanto vendem seus serviços. Em contraste com os construtores do campo, que vendem o processo e uma visão, os profissionais da prática privada têm que cultivar uma rede pessoal de contatos com advogados, funcionários do governo e empresários e convencer litigantes específicos para que os contratem.<sup>283</sup>

As pessoas que não se apresentam como mediadoras mas utilizam a mediação para outros fins, normalmente possuem seu próprio programa de mediação, e muitos empregam o procedimento como valioso instrumento de importantes fins políticos, como a paz mundial e a harmonia social, inserindo na profissão um propósito superior, útil aos interesses de todos os praticantes. Em vista da importância social e da visibilidade de algumas dessas pessoas, seus fracassos podem incidir negativamente sobre a mediação como fórmula válida para solução de conflitos.<sup>284</sup>

Segundo Kolb<sup>285</sup>, não existe mediador que pratique a mediação com imparcialidade, sem nenhuma autoridade para impor suas idéias às partes em disputa. Os mitos sobre a mediação, trazidos por grande parte dos livros especializados, não se sustentam na prática.

---

<sup>283</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 366.

<sup>284</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 367.

<sup>285</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 363.

Os mediadores têm diferentes visões do propósito e das metas finais da mediação. Existem dois tipos de visão mais comuns: a visão transformadora e a visão pragmática da resolução de problemas.<sup>286</sup>

Os construtores do campo e as pessoas que não se apresentam como mediadoras, mas que utilizam a mediação para outros fins, adotam a postura transformadora. A mediação é vista como um meio para dar poder aos membros da comunidade, promover a meta da participação cidadã e estabelecer normas para responder ao atual desafio mundial das disputas éticas, tribais e culturais.<sup>287</sup>

Esses programas amplos elevam a mediação a uma função quase “messiânica”. Essa visão é muito atrativa para futuros mediadores, e ainda é capaz de inspirar ideais a litigantes potenciais.<sup>288</sup> Entretanto, segundo Kolb<sup>289</sup>, esses mediadores não conseguem alcançar essas metas de transformação na realidade.

Os mediadores profissionais de tempo integral adotam normalmente a visão pragmática da resolução de disputas, mediando dentro das limitações institucionais existentes e tentando melhorar o funcionamento dos sistemas nos quais estão envolvidos. O modo de entender o melhor funcionamento depende de um juízo que reflete os objetivos mais amplos do mediador.<sup>290</sup>

Os pragmáticos conduzem a mediação utilizando os seguintes argumentos: levar os conflitos aos tribunais ou à arbitragem é uma perda de tempo e dinheiro; a mediação responde ao bom sentido comercial; a mediação

---

<sup>286</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 364.

<sup>287</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 367.

<sup>288</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 367.

<sup>289</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 368.

<sup>290</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 369.

pode resolver os problemas melhor que os outros procedimentos possíveis. Segundo Kolb<sup>291</sup>, esses mediadores normalmente trabalham na resolução de conflitos envolvendo pessoas que possuem relações contínuas, com potencial para gerar disputas futuras. A mediação na vida dessas pessoas é apenas um momento. As soluções criadas através da mediação pragmática freqüentemente são efêmeras.<sup>292</sup>

Independente da adoção de uma visão transformadora ou pragmática da mediação, as metas propostas podem carecer de realismo. Em vista das limitações de tempo e recursos, as possibilidades de realizar mudanças importantes nas vidas das pessoas parecem remotas, na maioria dos casos.<sup>293</sup>

O poder está em todas as partes. Portanto, não é apenas o poder institucional que diferencia a mediação, mas também a proposta que o mediador tem a respeito da mediação, o fim que busca com a mediação e os valores que orientam sua atuação profissional.

Segundo o número de mediadores, a mediação pode assumir o caráter singular ou coletivo. A mediação de caráter coletivo conta com a presença de profissionais de diversas áreas, como advogados, psicólogos, assistentes sociais, terapeutas e outros.<sup>294</sup>

A mediação pode ser oral ou escrita. Para melhor eficácia da mediação, recomenda-se que o resultado seja reduzido a escrito, para que valha como verdadeiro título executivo.

---

<sup>291</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 369.

<sup>292</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 369.

<sup>293</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 370.

<sup>294</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 199.



Serpa<sup>295</sup> aponta como funções do mediador: a) gerência do processo – administração para que a mediação ocorra tranqüila e respeitosamente; b) catalisação do conflito – transformação do ambiente de uma disputa, produzindo reações nas partes sem tomar o lugar de nenhuma delas e impedindo a polarização; c) intervenção educativa – facilitação do entendimento, dando as informações técnicas às partes carentes desse conhecimento; d) estudo do processo – análise de todos os elementos e possíveis conseqüências da disputa; e) adequação das propostas – transmissão da proposta de cada parte numa linguagem adequada, que seja ao mesmo tempo confiável e compatível com os desejos de uma e formulada para assegurar o maior grau de receptividade da outra; f) intervenção na comunicação – cabe ao mediador transmitir as idéias, posições, convicções e emoções, de maneira tal que as partes possam se entender, mutuamente; g) expansão dos recursos – utilização de outros recursos humanos ou materiais, se houver necessidade; h) conforto para as partes – o mediador é o “muro das lamentações” das partes, onde elas expressam sua raiva e frustrações<sup>296</sup>; i) adequação do conflito à realidade – se a proposta de uma das partes estiver fora da realidade (por exemplo, se uma oferta estiver muito aquém das expectativas e das possibilidades da outra), o mediador deverá direcionar as intenções para algo possível, ou acessível; j) encaminhamento para soluções duráveis – o mediador deve considerar as conseqüências do que as pessoas estão decidindo e tentar assegurar que os termos do acordo que desenvolvem possam perdurar; l) proteção do processo – a recusa de uma parte em fornecer informações e discutir pontos fracos e fortes de qualquer proposta são sinais de falta de real disposição para negociar e orientam o mediador a se recusar a atuar como interventor, naquele caso.

---

<sup>295</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 221-228.

<sup>296</sup> O mediador deve, portanto, aliviar as cargas emocionais.

Grande parte dos livros sobre os requisitos necessários para um bom mediador cita as características que Sinkin<sup>297</sup> acredita serem fundamentais ao mediador: a) a paciência de Jó; b) a sinceridade e as características do *bulldog* de um inglês; c) a presença de espírito de um irlandês; d) a resistência física de um maratonista; e) a habilidade de um *halfback* de esquivar-se ao avançar no campo; f) a astúcia de Maquiavel; g) a habilidade de um bom psiquiatra para sondar a personalidade; h) a discrição confidencial de um mudo; i) o couro de um rinoceronte; j) a sabedoria de Salomão; l) demonstrada integridade e imparcialidade; m) conhecimento básico e crença no processo de negociação; n) firme crença no voluntarismo, em contraste com o ditatorialismo; o) crença fundamental nos valores e no potencial humanos, temperada com uma capacidade para avaliar as fraquezas e a força das pessoas; p) docilidade, tanto quanto vigor; q) capacidade acurada para analisar o que está disponível, em contraposição ao que poderia ser desejável; e r) energia pessoal e ego suficientes, qualificados por uma disposição para ficar em segundo plano.

Outras habilidades tidas como básicas para um bom mediador seriam a capacidade de comunicação e a capacidade de negociação.<sup>298</sup>

Álvarez<sup>299</sup> cita como perfil e metas do mediador a imparcialidade, não emissão de juízos valorativos sobre o conflito, a flexibilidade, a inteligência, a criatividade e a habilidade de ser um ouvinte efetivo, empático, paciente,

<sup>297</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. op. cit., p. 154-155. MOORE, Christopher. op. cit., p. 308. ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1996, p. 134-149. Serpa acrescenta as seguintes características necessárias para um bom mediador: a percepção do felino, a memória da escrita, a serenidade das águas de um lago, a firmeza de uma montanha e a determinação de uma bússola. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 219.

<sup>298</sup> Para Álvarez, as tarefas do mediador são facilitar a passagem da discussão dialética ao pensamento criativo-alternativo, aliviar a carga emocional, estimular a saída de posições rígidas, mostrar o manifesto do conflito e suas consequências futuras e auxiliar as partes na mudança de adversários a sócios. ÁLVAREZ, Gladys S. et al. op. cit., p. 134.

<sup>299</sup> ÁLVAREZ, Gladys S. et al. op. cit., p. 135.

perseverante, enérgico, persuasivo, vigoroso, articulador, engenhoso, confiável, íntegro, não-defensivo, honesto e com senso de humor.

A Comissão de Qualificação da SPIDR<sup>300</sup> estabelece que o mediador deve possuir as seguintes capacidades: compreender o processo de negociação e o papel da defesa; conseguir confiança e manter a aceitabilidade; buscar converter as posições das partes em necessidade e interesses; separar as questões não mediáveis.

Deve ainda, segundo os preceitos da Comissão de Qualificação da SPIDR<sup>301</sup>, ter a capacidade de ajudar as pessoas envolvidas no conflito a gerar opções criativas, identificar princípios e critérios que guiarão sua tomada de decisão, avaliar suas alternativas não acordáveis e se o seu acordo pode ser implementado e realizar suas próprias escolhas bem informadas.

Ao estabelecer o perfil de um mediador ideal, não se deve acreditar que essas habilidades são suficientes para capacitá-lo para a missão de mediar conflitos. Essa forma de pensar é um tanto simplista e até um pouco funcionalista.

Para o bom funcionamento da mediação, a peça chave é o mediador. Entretanto não existem fórmulas mágicas que transformem um homem normal em um bom mediador. Na verdade há indícios de que certos princípios são valiosas ferramentas que auxiliam na adequada formação de um mediador.

Para Six<sup>302</sup>, a formação necessária para um bom mediador cidadão não será puramente técnica, dirigida essencialmente a juristas e a psicólogos. Ser

---

<sup>300</sup> SPIDR – Society of Professionals in Dispute Resolution. MOORE, Christopher. op. cit., p. 311.

<sup>301</sup> MOORE, Christopher. op. cit., p. 311.

<sup>302</sup> É importante ressaltar que para Six o mediador cidadão é apenas aquele que atua obscuramente nas comunidades. SIX, Jean-François. *Mediación. Dinámica de la mediación*. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1997, p. 38.

mediador cidadão é uma arte, e como toda arte, nunca se conclui perfeitamente. É uma arte de relação pessoal e social. O mediador cidadão é alguém a quem as pessoas se dirigem por saberem ou pressentirem que ele tem o dom reconfortá-las e criar laços, proporcionando uma pequena luz num momento de obscuridade.

A eficiência do mediador não deve ser medida por uma pesquisa quantitativa, que traga números altíssimos de acordos firmados, mas através de uma pesquisa qualitativa, que consiga mostrar o índice de satisfação das partes.

### **3.2 Características Gerais da Mediação**

Existem diversas características que podem ser encontradas no processo de mediação. Destacam-se entre elas: a informalidade; a intervenção de um terceiro; a rapidez; a economia; a justeza; a confidencialidade; a reaproximação das partes; a autonomia das decisões; a não-adversariedade e o equilíbrio das relações entre as partes.

Essa intervenção de um terceiro, realizada pelo mediador, consiste num auxílio às partes na identificação dos temas envolvidos na disputa. O mediador funciona, ainda, como um facilitador que auxilia na construção de uma solução satisfatória.

A economia da mediação é encarada em dois aspectos: economia financeira, já que os custos da mediação são inferiores aos que as partes normalmente têm quando utilizam a via judicial para a resolução dos conflitos; e economia de tempo, porque a construção de uma solução para o conflito pela via da mediação costuma ser mais rápida do que pela via judicial.

A mediação busca aproximar as partes. Trabalha-se para resolver as pendências através do debate e do consenso, tendo como objetivo final a

restauração das relações entre os envolvidos.<sup>303</sup> Não se pode considerar exitoso o processo de mediação em que as partes acordem um simples termo de indenizações, mas não consigam reatar as relações entre elas.<sup>304</sup> O procedimento de mediação enfatiza o futuro, pois não se trata de julgar sobre um passado a fim de averiguar quem estava errado e quem é culpado, mas de encontrar uma solução para o problema.<sup>305</sup>

A maior obrigação do mediador é preservar o segredo de tudo o que acontece na mediação. As partes devem estar seguras de que nada do que for dito será usado contra elas para o caso em que falhe a mediação e devam recorrer a um tribunal. O mediador não pode divulgar o que foi dito na mediação porque uma das regras básicas do seu trabalho é a confidencialidade; a divulgação só será possível se for vontade das partes.<sup>306</sup> Entretanto, a confidencialidade pode ser quebrada se houver, durante o procedimento da mediação, o desrespeito a interesse público, pois o interesse privado jamais poderá sobrepor-se ao da sociedade.<sup>307</sup>

A solução construída pela mediação é justa porque é adequada às necessidades comuns de ambas as partes, pois são elas que formulam a mesma.

A mediação é informal, pois o mediador não está obrigado a seguir um conjunto de regras processuais. As partes têm a oportunidade de debater os problemas que as envolvem, objetivando encontrar a melhor solução.<sup>308</sup>

---

<sup>303</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. op. cit., p.150.

<sup>304</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. op. cit., p.150.

<sup>305</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit. p. 198.

<sup>306</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit. p. 198.

<sup>307</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. op. cit., p. 147.

<sup>308</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. op. cit., p. 148.

A mediação é um meio não-adversarial porque cabe às partes escolherem ou não essa forma de solução de conflitos: existe a voluntariedade.

Com o auxílio do mediador, a construção do acordo cabe às partes, como resultado de sua autodeterminação. É importante que o acordo seja reduzido a cláusulas escritas, pois poderá valer como título executivo, se necessário. O mediador responde apenas pelo processo em si, mas o poder de decisão sobre o conflito cabe às partes. Até mesmo o procedimento das sessões está nas mãos dos envolvidos diretamente no conflito.<sup>309</sup> Como o acordo firmado é fruto do consenso, a possibilidade de as partes o cumprirem voluntariamente é, com frequência, maior do que nos casos de sentença judicial.

Quando alguém busca um meio de resolução de disputas, está agindo por necessidade ou coação. As pessoas aceitam ou buscam a mediação porque querem e acreditam que poderão obter um resultado satisfatório.<sup>310</sup>

Em outro sentido, a autodeterminação é a disponibilidade das partes sobre o processo. Basta que uma das partes manifeste seu desejo de não continuar com a mediação para que ela termine.<sup>311</sup>

Highton<sup>312</sup> acrescenta outras características às acima citadas: a) a mediação pode ser solicitada ou oferecida; b) segundo o número de mediadores, a mediação pode assumir o caráter de singular ou coletiva. Segundo o autor, a mediação solicitada é mais comum. Nesse tipo de mediação, uma ou ambas as partes solicitam a intervenção do mediador para intervir e auxiliar na construção de uma solução para a controvérsia. Na mediação oferecida, a iniciativa de mediar

---

<sup>309</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 156.

<sup>310</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 153.

<sup>311</sup> CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo., PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación – instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997, p. 211.

<sup>312</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 199.

surge do terceiro que pretende colaborar para que a controvérsia seja solucionada pacificamente. Esse tipo de mediação pode ser também oferecida por um tribunal. Na mediação de caráter coletivo, verifica-se a presença de profissionais de diversas áreas, tais como advogados, psicólogos, assistentes sociais, terapeutas e outros.

Para Six<sup>313</sup>, a mediação oferecida sempre representa um certo poder. Já a mediação sugerida representa a verdadeira mediação, que se dirige de igual para igual e na qual se pede que o mediador seja verdadeiramente uma terceira pessoa, alguém que não seja um árbitro a emitir um juízo, alguém que não tenha poder.

A mediação é uma forma de justiça coexistencial, participativa. O mediador orienta as partes com seus conselhos, na busca racional de respostas superadoras das crises; o mediador funciona como um regente de uma orquestra. Com o processo de mediação, busca-se a solução do conflito através da pacificação social. A mediação só terá atingido sua finalidade primordial se conseguir restabelecer o equilíbrio entre as partes, pois a prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia.<sup>314</sup>

Gozáini<sup>315</sup> a mediação como uma forma de solução de conflitos apta à concretização de vários princípios processuais, como a celeridade, a economia processual, a rapidez e a informalidade.

Para Oliveira<sup>316</sup>, os princípios básicos a serem respeitados no processo de mediação são: a) o caráter voluntário; b) o poder dispositivo das partes,

---

<sup>313</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 37.

<sup>314</sup> MORAES, Jose Luis Bolzan. op. cit., p. 151.

<sup>315</sup> Gozáini cita duas formas de economia processual que a mediação está apta a concretizar. A primeira é a concentração, em poucas audiências, dos numerosos atos do processo comum. A segunda é a economia de custos – reduzido o nível de intervenções para concretização da mediação e o gasto com honorários. GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. op. cit., p. 90.

respeitando o princípio da autonomia da vontade, desde que não contrarie os princípios de ordem pública; c) a complementaridade do conhecimento; d) a credibilidade e a imparcialidade do mediador; e) a competência do mediador, obtida pela formação adequada e permanente; f) a diligência do procedimento; g) a boa fé e a lealdade das práticas aplicadas; h) a flexibilidade, a clareza, a concisão e a simplicidade, tanto na linguagem quanto nos procedimentos, de modo que a mediação atenda à compreensão e às necessidades do mercado para o qual se volta; i) a possibilidade de oferecer segurança jurídica, em contraponto à perturbação e ao prejuízo que as controvérsias geram nas relações sociais; j) a confidencialidade do processo.

Segundo Serpa<sup>317</sup>, o objetivo principal da mediação é o acordo entre as partes, ou seja, a produção de um plano de ação para as futuras relações de pessoas envolvidas num conflito. Para a autora, as metas intermediárias da mediação são: a) redução dos obstáculos de comunicação existentes entre os participantes; b) consideração das necessidades de cada parte envolvida; c) maximização do uso de alternativas; d) preparação dos participantes para aceitarem as consequências de suas próprias decisões.

Para a validade da mediação é necessário que as partes sejam capazes. A mediação extrajudicial não comporta exceções. Entretanto, na mediação judicial, se uma das partes não é capaz, mas está sendo assistida ou representada por seus responsáveis e com a intervenção do Ministério Público, essa mediação é válida.<sup>318</sup>

O Regulamento Modelo da Mediação do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem recomenda que as partes atuem

---

<sup>316</sup> OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 204.

<sup>317</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 151.

<sup>318</sup> LENZA, Vítor Barboza. op. cit., p. 35.



pessoalmente na mediação. Na comprovada impossibilidade de fazê-lo, cada parte pode ser representada por uma outra pessoa, com procuração que outorgue poderes de decisão. As partes podem se fazer acompanhar por advogados e outros assessores técnicos, além de pessoas de sua confiança ou escolha, desde que essas presenças sejam convencionadas entre as partes e consideradas, pelo mediador, úteis e pertinentes ao necessário equilíbrio do processo.<sup>319</sup>

De acordo com o artigo 3.º do Projeto de Lei n.º 4.287, de 2000, em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro, a mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.<sup>320</sup>

Em qualquer tempo ou grau de jurisdição, o juiz pode buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação extrajudicial ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo por um prazo de até 3 (três) meses, prorrogável por igual período.<sup>321</sup>

O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, até cinco dias após a designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.<sup>322</sup>

---

<sup>319</sup> O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem elaborou o Regulamento e o Código de Ética dos Mediadores para serem aplicáveis a qualquer mediação extrajudicial realizada no Brasil. Entretanto o Regulamento e o Código não têm caráter obrigatório, sendo apenas uma recomendação formulada pelo referido órgão. OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 205/206.

<sup>320</sup> É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal. Parágrafo único do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 4.287, de 2000, em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro.

<sup>321</sup> Artigo 4.º do Projeto de Lei n.º 4.287, de 2000, em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro.

<sup>322</sup> Parágrafo único do artigo 4.º do Projeto de Lei n.º 4.287, de 2000, em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro.

Ainda que não exista processo, uma vez obtido o acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.<sup>323</sup>

Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer à audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.<sup>324</sup>

### 3.3 Campos de Atuação da Mediação

A mediação é uma forma de solução de conflitos aplicável a diversos ramos do direito. O seu uso é sugerido principalmente nos conflitos de natureza privada, familiar e internacional pública.<sup>325</sup>

A metodologia utilizada pela mediação não é adequada a todos os tipos de controvérsia. A mediação é recomendável, quando: a) na disputa, a preservação do relacionamento das partes é importante; b) as partes querem conservar o controle sobre o resultado e sobre o procedimento; c) não existe uma grande disparidade de poder; d) a causa do conflito é a má comunicação; e) há questões técnicas muito complexas.<sup>326</sup>

---

<sup>323</sup> Artigo 5.º do Projeto de Lei n.º 4.287, de 2000, em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro.

<sup>324</sup> Artigo 6.º do Projeto de Lei n.º 4.287, de 2000, em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro.

<sup>325</sup> A mediação é um processo pacífico pelo qual uma terceira potência visa a propor uma solução a conflitos internacionais entre duas ou mais nações, reaproximando-as ou facilitando suas negociações. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 235.

<sup>326</sup> WILDE-AIBROIS, apud GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. op. cit., p. 93. Uma abordagem mais completa dessa matéria está no capítulo seguinte.

A mediação como técnica de solução de conflitos privados é aplicável principalmente a conflitos locatícios, condominiais, imobiliários, de seguro, de franquia, sobre direitos autorais, sobre responsabilidade civil, coletivos e individuais de trabalho, entre sócios, oriundos de contrato, de natureza familiar – partilha de bens, guarda de filhos e divórcio. Além desses, muitos outros conflitos poderão ser resolvidos através da mediação, com grandes chances de uma solução satisfatória.<sup>327</sup>

### 3.4 Tipos de Mediação

Existem diversos tipos de mediação. O tipo de mediação a ser usado em cada caso depende da conjugação de diversos elementos, como a natureza do conflito, o recurso das partes, a experiência do mediador e a formação profissional do mediador, entre outros.

Serpa<sup>328</sup> relaciona em sua obra os seguintes tipos de mediação: a) mediação supervisão; b) mediação terapêutica; c) mediação legal; d) mediação sole ou co-mediação; e) *caucusing* ou *mediação shuttle*; f) mediação estruturada; g) mediação obrigatória; h) mediação do trabalho; i) mediação de crise; e j) mediação de comunidade.

A mediação supervisão é a forma mais comum, sendo absolutamente informal. O mediador geralmente é uma autoridade – mestre, técnico ou qualquer outra autoridade com interesse na resolução da disputa. Muitos autores entendem que esse tipo de mediação, pela presença de uma autoridade, é na verdade intervenção e julgamento.<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> BRAGA NETO, Adolfo. op. cit., p. 95-96.

<sup>328</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 164-175.

<sup>329</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 166-167.

Na mediação terapêutica o mediador tem formação psicoterapêutica ou similar. Essa forma de mediação pode alcançar os mesmos benefícios que uma terapia. Entretanto, esse tipo de mediação não é aconselhável quando a natureza do conflito exige uma solução imediata.<sup>330</sup>

A mediação legal é bastante criticada, pois alguns mediadores legais realizam um serviço similar a uma consultoria, fornecendo sua opinião técnico-jurídica sobre o conflito externado pelas partes. Tal procedimento não pode ser classificado como de mediação, pois perde sua essência.

*“A presença da lei é um elemento estranho ao processo mediador e o seu peso como critério de avaliação de direitos é muito grande e costuma balançar a autodeterminação das partes e colocar em risco o resultado do acordo. Por isso, advogados mais experientes na prática mediadora limitam-se à criativa função de facilitar a negociação e evitam qualquer tipo de consultoria. O que caracteriza a mediação legal é a possibilidade do mediador, propiciando o trabalho independente e autodeterminante das partes na elaboração das decisões consubstanciadas no acordo, promover a formalização deste. Normalmente, para que possam homologar judicialmente o acordo obtido com a mediação, têm de enquadrar as decisões às leis estabelecidas para a disputa.”<sup>331</sup>*

A mediação sole é promovida apenas por um mediador com uma formação específica. Já a co-mediação consiste no procedimento de mediação em que há mais de um mediador e cada mediador tem uma formação profissional específica. Exemplo de co-mediação é a associação de psicólogos e advogados.

---

<sup>330</sup> “Não se deve esquecer de que o objetivo da mediação é o acordo e a sua formalização requer o trabalho legal que o terapeuta não pode oferecer. Nesse caso, normalmente os disputantes contratam advogados para formalizar o resultado da mediação.” SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 167.

<sup>331</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 168.

*Caucusing* ou *mediação shuttle* consiste numa técnica de, por vezes, atender em separado as partes para esclarecer particularidades que interessam ora a uma, ora a outra delas. Esse tipo de mediação requer muito preparo do mediador, que não pode realizar essas reuniões sem avisar à outra parte e sem dar uma certa satisfação do objetivo de estar sendo realizado aquele procedimento.

Segundo Serpa<sup>332</sup>, a mediação *shuttle* assemelha-se ao procedimento *caucusing*. A autora destaca que essa forma de mediação é muito comum na resolução de conflitos internacionais.

A mediação estruturada, embora seja uma forma voluntária de mediação, é organizada mediante regras de procedimento que definem o processo passo a passo, como por exemplo, o papel do mediador, a ordem das questões, os momentos em que os advogados podem ser consultados, a forma como o acordo final será elaborado e implementado e outros aspectos.<sup>333</sup>

*“A mediação estruturada tem sofrido críticas por ferir o princípio da informalidade do processo de mediação e cercear, por exemplo, o direito dos participantes de consultarem seus advogados durante as sessões. Ao mesmo tempo é enaltecida por oferecer certa segurança às partes, além de mais facilmente norteá-las quanto ao procedimento e facilitar o trabalho do mediador. Certa flexibilidade, contudo, pode ser adotada mesmo dentro dessa estruturação. Ela serve para preencher determinadas expectativas daqueles participantes que não estão habituados a processos informais.”*<sup>334</sup>

---

<sup>332</sup> “As condições especiais da mediação *shuttle* propiciaram um grande avanço estratégico nessa modalidade, permitindo a utilização de avançada tecnologia de comunicação como videotransmissores, modernos computadores. Esse aparato é de vital importância quando os participantes não podem se apresentar em pessoa.” SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 171.

<sup>333</sup> COOGLER, apud SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 172.

<sup>334</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 172.

A mediação obrigatória, praticada nos Estados Unidos nos processos familiares, é a obrigação de comparecimento à sessão de mediação para a qual as partes são convocadas judicialmente.<sup>335</sup>

A nova lei de Mediação e Conciliação Argentina<sup>336</sup> institui, em caráter obrigatório, a mediação prévia para todos os Juízos<sup>337</sup>.

No Brasil, a previsão legal da necessidade da sessão prévia e obrigatória de conciliação, nos Juizados Especiais, tanto por conciliador, juiz leigo ou juiz de direito, assemelha-se à norma norte-americana, que estabelece a obrigatoriedade da mediação prévia em processos familiares.

Para Lenza<sup>338</sup>, a conciliação judicial é a obtida através de composição justa, enquanto a extrajudicial se confunde com a mediação, assemelhando-se a uma composição contratual, levando-se em conta a natureza da composição.

A mediação obrigatória é extremamente criticada, pois é da natureza da mediação o seu caráter voluntário; a iniciativa de realizar o processo de mediação deve ser das partes. A mediação deve ser sempre um meio privado de resolução

---

<sup>335</sup> “Nos Estados Unidos, quando a mediação é recomendada pelo tribunal, e as partes têm de comparecer à sessão, lhes é facultado não se submeter ao processo se for essa sua vontade. Ainda que iniciado o processo, as partes ou o mediador podem cancelar a mediação, em qualquer tempo. Da mesma forma, essas providências podem ser tomadas, quando a mediação advém de legislação ou contrato.” SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 235.

<sup>336</sup> O Congresso Nacional Argentino, em 04 de outubro de 1995, aprovou a Lei 24.573, que trata dessa matéria. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1995, p. 74.

<sup>337</sup> Existem algumas exceções, em que o procedimento de mediação não é obrigatório, como por exemplo causas penais, ações de separação e divórcio, nulidade de matrimônio, filiação e pátrio poder, exceto para questões patrimoniais derivadas desses casos. CUNHA, J. S. Fagundes. op. cit., p. 26.

<sup>338</sup> LENZA, Vítor Barboza. op. cit., p. 37.

de conflitos, sendo a técnica e o profissional sempre eleitos pela livre vontade das partes.<sup>339</sup>

*“Quando a cultura da mediação tiver atingido a maior parte dos cidadãos, poder-se-á então instituir serviços opcionais junto ao Poder Judiciário, aos quais as partes possam recorrer antes de ajuizar uma causa. Ou, pode ainda ser mais uma ferramenta do juiz; assim, quando ele entender que a mediação é conveniente para o caso, ele pode indicá-la, para que as partes procurem um serviço privado. Em Quebec, no Canadá, foi implantado um serviço de pré-mediação obrigatório antes de toda a interposição de ações relativas a direito de família. As partes devem comparecer a uma entrevista de uns quinze a vinte minutos, onde recebem informações a respeito da mediação, seu procedimento, as obrigações do mediador, dos mediados e dos advogados. Depois de um prazo, elas optam pela mediação ou se ajuízam a causa. Só o conhecimento da mediação pode dar às pessoas a liberdade da escolha.”*<sup>340</sup>

A mediação do trabalho é a forma de mediação específica para a resolução de conflitos trabalhistas. Dentre as características dessa forma de mediação, podem ser ressaltadas as sessões especiais de *caucus* e a presença de representantes das classes com experiência profissional na mediação.<sup>341</sup>

A mediação de crise é a aplicável em momentos de crises, tensões. É uma espécie de processo preliminar de mediação pois não se preocupa com as questões em conflito propriamente ditas, mas trabalha prioritariamente com o contexto emocional ou a iminência de perigo.<sup>342</sup>

---

<sup>339</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 114.

<sup>340</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 114.

<sup>341</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 174.

<sup>342</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 175.

A mediação de comunidade acontece através da intervenção de uma autoridade local.<sup>343</sup> Ela pode também sofrer a influência de uma entidade investida de poder, pois, quando, por exemplo, se recorre a um pastor ou a outra pessoa influente pela sua reputação ilibada, muitas vezes as partes se sentem inibidas por aquela autoridade.

Para Foucault, apud Ortega<sup>344</sup>, os mecanismos do poder atuam ao lado dos aparelhos do Estado. Como exemplo a atuação do poder na família, na escola, na igreja e outros ambientes. Isso se justifica porque o conceito de poder não deve estar vinculado ao conceito de Estado, não somente porque o Estado está longe de cobrir todo o campo real de relações de poder; mas também porque só pode funcionar sobre a base de relações de poder preexistentes.

Foucault<sup>345</sup> não aceita o poder como uma propriedade ou uma posse. O poder não pertence a uma determinada classe social, mas está em tudo. Ele é universal, cerceando os indivíduos e tornando-os úteis ao sistema capitalista, gerando, em consequência, uma aceitação do poder sem questionamentos, porque nenhum indivíduo está isento de sua linha de atuação: todos estão rendidos pelo poder. O poder seria o conjunto de relações que ocorrem dentro do corpo social. O autor defende a existência de sub-poderes presentes em todas as relações humanas.

---

<sup>343</sup> “A intervenção nesse tipo de mediação se dá por autoridades comunitárias, mesmo sem qualquer titulação. O pároco ou pastor do bairro, uma pessoa influente pela sua reputação ilibada. A sociedade americana conta com instituições distritais e de bairro para atender a situações conflituosas, como os Community Boards, os Neighborhood Justice Centers e outras associações destinadas a promover resolução de disputas.” SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 175.

<sup>344</sup> FOUCAULT, apud ORTEGA, Francisco Javier Guerreiro. Governabilidade e ethos da modernidade. *Ética e política*. BRITO, Adriano de; HECK, José Nicolau (organizadores). Goiânia: Editora da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 1997, p. 133.

<sup>345</sup> FOUCAULT, apud ORTEGA, Francisco Javier Guerreiro. op. cit., p. 134.



### 3.5 Processo de Mediação

Os meios alternativos não pretendem dar efetividade ao direito material, mas visam, acima de tudo, ao escopo social da pacificação. Não importa que os meios alternativos sejam ou não fiéis ao direito material. O que importa é a conquista da pacificação social, a eliminação do conflito.

A mediação é uma forma de solução de conflitos caracterizada pelo informalismo. Não existem procedimentos estáticos que devam ser necessariamente seguidos. Existem, sim, alguns poucos princípios de organização e administração que facilitam o trabalho do mediador. No entanto, tais princípios não são obrigatórios.

Para Oliveira<sup>346</sup>, a mediação é um acordo de vontades. Por isso, ela deverá ser objeto de um contrato sempre que for instalado seu procedimento, o qual prescinde de regulamentação legal, muito embora se faça necessário alcançar uma desejável uniformidade dos seus princípios e regras gerais.

O Regulamento Modelo da Mediação do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem recomenda que a solicitação da mediação, bem como o convite à outra parte para dela participar, deverão, preferencialmente, ser formulados por escrito.<sup>347</sup>

O regulamento também recomenda que o processo se inicie através de uma entrevista, que deverá realizar os seguintes procedimentos: a) as partes deverão descrever a controvérsia e expor as suas expectativas; b) as partes serão esclarecidas sobre o processo da mediação, seus procedimentos e suas técnicas;

---

<sup>346</sup> OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 205.

<sup>347</sup> Em diversos países estão sendo elaborados Modelos-Padrão de Condutas para Mediadores. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 205.

c) as partes escolherão o mediador, nos termos do capítulo IV<sup>348</sup>, que poderá ser ou não aquele que estiver coordenando os trabalhos da entrevista.<sup>349</sup>

Reunidas após a escolha do mediador e com a sua orientação, as partes devem firmar um contrato onde fiquem estabelecidas: a) a agenda de trabalho; b) os objetivos da mediação proposta; c) as regras de procedimento, ainda que sujeitas a redefinição negociada, a qualquer momento, durante o processo; d) as pessoas que as representarão, mediante procuração com poderes de decisão expressos, ou as acompanharão, se for o caso; e) o lugar e o idioma da mediação, que, se assim o desejarem, poderão deixar a critério da instituição ou entidade organizadora do serviço; f) os custos e a forma de pagamento da mediação.<sup>350</sup>

As reuniões de mediação serão realizadas preferencialmente em conjunto com as partes. Havendo necessidade e concordância das partes, o mediador poderá reunir-se separadamente com cada uma delas.<sup>351</sup>

O mediador poderá conduzir os procedimentos da maneira que considerar apropriada, levando em conta as circunstâncias, o estabelecido na negociação com as partes e a própria celeridade do processo. Ele deverá cuidar

---

<sup>348</sup> O capítulo IV prescreve que o mediador será escolhido livremente pelas partes, em lista de mediadores oferecida por instituição ou entidade organizadora do serviço ou, se as partes assim o desejarem, indicado pela referida instituição ou entidade; ou ainda, profissional escolhido pelas partes. O mediador único escolhido poderá recomendar a co-mediação sempre que julgar benéfica ao propósito da mediação. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 206-207.

<sup>349</sup> OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 206.

<sup>350</sup> Artigo 6 do Regulamento Modelo da Mediação, do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 206.

<sup>351</sup> Artigo 9 do Regulamento Modelo da Mediação, do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 207.

para que haja equilíbrio de participação, informação e poder decisório entre as partes.<sup>352</sup>

O profissional condutor da mediação fica impedido de atuar ou estar diretamente envolvido em procedimentos subsequentes a ela, tais como arbitragem e processo judicial.<sup>353</sup>

As informações da mediação são confidenciais e privilegiadas. O mediador – bem como qualquer uma das partes ou outra pessoa atuante na mediação – jamais poderá revelá-las a terceiros ou ser chamado ou compelido, mesmo em posterior arbitragem ou processo judicial, a revelar fatos, propostas ou quaisquer outras informações obtidas durante a mediação.<sup>354</sup>

O mediador não pode ser responsabilizado, por qualquer das partes, por ato ou omissão relacionados à mediação conduzida de acordo com as normas éticas e regras aceitas pelas partes.<sup>355</sup>

O processo da mediação encerra-se: a) com a assinatura do termo de acordo pelas partes; b) por uma declaração escrita do mediador de que não é justificável aplicar mais esforços para buscar a composição; c) por uma declaração conjunta das partes, dirigida ao mediador, com o efeito de encerrar a mediação; d)

---

<sup>352</sup> Salvo se as partes dispuserem em contrário, ou a lei impedir, o mediador pode: a) aumentar ou diminuir qualquer prazo; b) indagar o que entender necessário para o bom desenvolvimento do processo; c) solicitar às partes que deixem à sua disposição tudo o que precisar para sua própria inspeção ou de qualquer perito, bem como a apresentação de documento ou classe de documentos que se encontrem em sua posse, custódia ou poder de disposição, desde que entenda relevante para sua análise, ou de qualquer das partes; d) solicitar às partes que procurem toda informação técnica e legal necessária para a tomada de decisões. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 207.

<sup>353</sup> Artigo 13 do Regulamento Modelo da Mediação, do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 208.

<sup>354</sup> Artigo 14 do Regulamento Modelo da Mediação, do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 208.

<sup>355</sup> Artigo 18 do Regulamento Modelo da Mediação, do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 208.

por uma declaração escrita de uma parte para a outra, e para o mediador, com o efeito de encerrar a mediação.<sup>356</sup>

Segundo Serpa<sup>357</sup>, os estágios do procedimento de mediação são os seguintes: a) concordância das partes em mediar; b) entendimento das questões em disputa; c) criação de opções para negociação; d) realização e organização do acordo; e) implementação do acordo.

### 3.6 Ética no processo de mediação

Para Valls<sup>358</sup>, numa primeira acepção, a palavra *ética* nos lembra as normas e a responsabilidade. Esclarece o autor que não faz sentido falar de norma ou de responsabilidade se a gente não partir da suposição de que o homem é realmente livre ou pode sê-lo.

Valls<sup>359</sup> aborda que uma das preocupações dos estudiosos da ética é a análise dessa disciplina com base na autonomia moral do indivíduo, ou seja, no agir de acordo com a sua natureza, o que, ainda de acordo com o autor, significava para os gregos uma certa harmonia passiva com o cosmo; para o medieval, uma obediência pessoal ao Criador da natureza; para Rousseau, um agir mais primitivo.

*“Por mais que variem os enfoques filosóficos ou mesmo as condições históricas, algumas noções, ainda que bastante abstratas, permanecem firmes e consistentes na ética. Uma delas é a questão da distinção entre o*

---

<sup>356</sup> Artigo 19 do Regulamento Modelo da Mediação do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 209.

<sup>357</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit. p. 177.

<sup>358</sup> VALLS, Álvaro L. M. *O que é ética*. 9.ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 8-49.

<sup>359</sup> VALLS, Álvaro L. M. *O que é ética*. 9.ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 64.

*bem e o mal. Agir eticamente é agir de acordo com o bem. A maneira como se definirá o que seja este bem, é um segundo problema, mas a opção entre o bem e o mal, distinção levantada já há alguns milênios, parece continuar válida.*<sup>360</sup>

Dentro da perspectiva de que agir eticamente é agir de acordo com o bem, busca-se estudar a ética no processo de mediação, pois a função mais importante do mediador é a realização de uma mediação pautada no respeito às normas éticas.

Six<sup>361</sup> pondera que na atualidade, tanto a palavra *ética* quanto a palavra *mediação* estão na moda. Ao falar da ética da mediação, corre-se não apenas o risco de atuar segundo a moda, mas também o de falar com belas palavras e fazer um discurso importante, conseguindo, portanto, entremear moralismo e idealismo. O autor também observa que as pessoas normalmente se comportam diante de uma guerra de três formas típicas: a) para os bélicos, aqueles que demonstram uma vontade absoluta de lutar por lutar, a guerra é uma finalidade em si; b) os políticos, que fazem da guerra um cálculo, afirmam que lutam para construir a paz; a guerra é para eles um meio e não um fim; o problema desse comportamento é que na maioria das vezes não se obtém uma paz verdadeira; c) os pacifistas, contrários à guerra, que negam a guerra de forma absoluta e são tão extremistas quanto os bélicos.<sup>362</sup>

Muitas pessoas crêem que a promoção da mediação deve ser de maneira pacifista<sup>363</sup>. Six<sup>364</sup> rechaça essa forma de conceber a mediação. Para ele,

<sup>360</sup> VALLS, Álvaro L. M. *O que é ética*. 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 67.

<sup>361</sup> Six, ao abordar a ética dos mediadores, parte dos seguintes questionamentos: Que valores morais devem seguir um mediador frente aos mediados? Que valores devem os mediadores manifestarem em nossa sociedade? Hoje, em que mundo de valores encontra-se imerso o mediador? SIX, Jean-François. op. cit., p. 164.

<sup>362</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 168-169.

<sup>363</sup> Hay, en efecto, un cierto número de personas, sea en Estados Unidos o en Europa, que quieren promover la mediación de manera pacifista. Ésta debe ser, a sus ojos, el restablecimiento de la

essa concepção da mediação é um idealismo puro e simples, participando, com frequência, de um mito religioso. O idealismo<sup>365</sup>, particularmente no campo da mediação, muitas vezes gera efeitos diversos dos pretendidos, e até mesmo perversos.<sup>366</sup>

Para Six<sup>367</sup>, existem dois tipos representantes desse idealismo. Um deles é a pessoa que pensa ser um ser todo-poderoso, capaz de fazer desaparecer o conflito magicamente; o outro tipo é representado pela pessoa que teme o conflito, sendo seu maior desejo ver o conflito exterminado. O autor alerta que as pessoas dotadas desses dois tipos de perfis não podem ser verdadeiros mediadores.

A mediação se caracteriza pela atuação de um terceiro que auxilia as partes na construção de uma solução para a disputa. O poder do mediador consiste na capacidade de criar espaços transacionais entre as partes, facilitando, assim, a tomada de decisões pelas partes.<sup>368</sup> O primeiro requisito para um bom mediador é o desejo de criar laços, de suscitar a atuação comunicacional onde não existe.<sup>369</sup>

*“A função do mediador não é uma função do poder (decisório), é um discurso amoroso destinado a inscrever as pulsões no registro de Eros. Sendo, a do*

---

armonía entre dos seres, entre dos grupos que han entrado en conflicto; esta concepción suele ampliarse a escala planetaria, se quiere convertir la mediación internacional en un universalismo en el que se consigue acabar con la violencia e establecer la paz perpetua. SIX, Jean-François. op. cit., p. 169.

<sup>364</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 169.

<sup>365</sup> Idealismo esse que trata os conflitos como algo só solúvel, como é a açúcar na água. SIX, Jean-François. op. cit., p. 169.

<sup>366</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 169.

<sup>367</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 170.

<sup>368</sup> WARAT, Luiz Alberto. op. cit., p. 199.

<sup>369</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 173.

*mediador, uma intervenção amorosa, não tem muito sentido falar de imparcialidade, de um modo parecido ao modo que a neutralidade se reclame como postura de um juiz. O mediador não impõe seu critério, não tendo por isso que se discutir sua imparcialidade. As intervenções mediadoras adquirem incalculável importância no exame dos modos em que ele efetua seu processo de implicação, escuta, interpretação e transferência, o que não é o mesmo que falar da neutralidade do mediador.”<sup>370</sup>*

Para Oliveira<sup>371</sup>, a imparcialidade é condição fundamental para o mediador; não podendo haver qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade; ele deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais interfiram no seu trabalho. Entretanto, é impossível para o mediador abstrair-se por completo dos seus valores pessoais e de suas inclinações ideológicas.

Para Friedman, apud Moraes<sup>372</sup>, a imparcialidade necessária ao processo da mediação é tomada em um senso positivo, a fim de evitar que uma decisão injusta seja tomada em benefício de uma das partes.<sup>373</sup>

Highton<sup>374</sup> alerta para a inexistência da neutralidade absoluta, pois cada pessoa tem sua própria subjetividade e sempre se identificará com algum aspecto

<sup>370</sup> WARAT, Luiz Alberto. op. cit., p. 199.

<sup>371</sup> OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 187.

<sup>372</sup> “Afirma ainda que acredita existirem duas circunstâncias em que o mediador não deveria permanecer neutro e revelar a sua opinião, quais sejam, na possibilidade de as partes chegarem a um acordo tão injusto a ponto de fazê-lo não escrever tal acordo, ou então na circunstância de as partes decidirem algo que as Cortes não aceitariam.” MORAIS, Jose Luis Bolzan. op. cit., p. 157.

<sup>373</sup> Para Serpa, a imparcialidade é fundamental no processo de mediação. O mediador não deverá estar ligado a nenhuma das partes de qualquer forma que possa inibir a imparcialidade ou efetiva intervenção. De acordo com o Estatuto da Flórida sobre a matéria em análise, o mediador tem que ser imparcial e aconselhar todas as partes sobre qualquer circunstância relacionada a possíveis preconceitos, suspeição ou imparcialidade. A autora acrescenta que um mediador tem que se retirar da mediação se acreditar que não pode mais ser imparcial. Um mediador não pode dar ou receber nenhum presente, pedido e outros similares. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 155.

<sup>374</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 378.

do problema. O autor recomenda que o mediador sempre tente detectar suas próprias tendências e inclinações, a fim de manejar corretamente a situação e, nos casos em que for necessário, retirar-se da mediação.

Folger<sup>375</sup> ressalta a importância do reconhecimento da mediação como um processo de influência mútua, e que uma dessas influências provém do mediador, sendo fato que quando ele auxilia na construção da solução para o conflito, também se introduz no processo.

*“Em síntese, os mediadores desempenham inevitavelmente um papel influente no esclarecimento do conflito durante a intervenção. A influência do mediador é inevitável em virtude do que sabemos sobre a natureza fundamental de qualquer interação humana: não podemos formar parte de uma interação sem contribuir a lhe dar forma, mover e dirigir continuamente. Com intenção ou sem ela, os mediadores influem sobre a interação de diversos modos.”<sup>376</sup>*

A influência do mediador no processo de mediação é inevitável. Entretanto, tal influência pode ser melhor desempenhada se for conhecida a realidade. Folger<sup>377</sup> orienta para que se especifiquem as formas aceitáveis de influência do mediador.

*“O modo que encaramos estas formas de influência diz muito sobre nossa concepção da mediação e acerca do que esperamos que essa alcance. Se considera que algumas formas de influência do mediador não causam nenhum problema, por sua congruência com as metas do processo: se as espera como parte da atuação do mediador. Mas outras formas de influência do mediador consideram-se geradoras de problemas ou inaceitáveis, porque não parecem coerentes com o que*

<sup>375</sup> FOLGER, Joseph P., JONES, Tricia S. *Mediación. Nuevas direcciones en mediación. Investigación y Perspectivas comunicacionales*. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1997, p. 305.

<sup>376</sup> FOLGER, Joseph P. op. cit., p. 305.

<sup>377</sup> FOLGER, Joseph P. op. cit., p. 305.



*se espera da atuação do mediador. Da definição do motivo de algumas formas de influência serem aceitáveis e outras não resulta a chave para compreender o que queremos que seja a mediação nas diversas áreas nas quais é praticada. Bem pode permitir-nos clarificar as diferentes concepções da mediação que sustentamos de modo implícito.*<sup>378</sup>

Através do processo de mediação, é muito comum que o mediador conquiste a confiança das partes. Quando isso ocorre, as partes geralmente desarmam-se e nesse momento está um dos grandes perigos da falta de imparcialidade do mediador. O mediador parcial certamente abusa dessa confiança para obter maiores vantagens para a parte com a qual ele tenha uma afinidade maior.

O mediador deve motivar sem manipular, buscando a obtenção de um acordo sem recorrer à coação. Deve até mesmo criar certas dúvidas e inseguranças em cada uma das partes, para que vejam as fragilidades de suas posições e abram suas mentes ao concordar com o combinado.<sup>379</sup>

O ponto essencial que funda a mediação é o conceito de solidariedade, seja criando pontes entre ilhas, seja dando assistência às pessoas em perigo.<sup>380</sup>

Highton<sup>381</sup>, ao tratar da ética no processo de mediação, designa a deontologia como sendo o conjunto de regras e princípios que regem

---

<sup>378</sup> FOLGER, Joseph P. op. cit., p. 306.

<sup>379</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 197.

<sup>380</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 178.

<sup>381</sup> A deontologia refere-se, em certo sentido, ao dever ser e designa a ciência da moralidade ou o ideal da perfeição do homem, tratando dos deveres que correspondem a determinadas situações sociais. As normas deontológicas têm caráter preferencialmente ético, apresentam pontos de contato com os costumes e tendem a transformar-se em normas jurídicas. HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 369.

determinadas condutas não técnicas do profissional, exercidas ou vinculadas ao exercício da profissão e pertencentes a um grupo profissional específico.

Quando o postulado moral apresenta-se de um modo geral e em toda a sua pureza, ele pertence ao domínio da moral ou, se preferir, da ética. Quando os pressupostos morais são incorporados pelo sistema legal, ou seja, dotados de caráter positivo e vigência, esse postulado pertence também, de modo pleno, ao campo do direito e suas disciplinas.<sup>382</sup>

Highton<sup>383</sup> recomenda que toda instituição que pretenda realizar um programa de mediação deve realizar duas regulamentações: o código de normas éticas para os profissionais e um regime de procedimentos disciplinares aplicável nos casos de descumprimento das normas do código de ética profissional da instituição.

Com o acréscimo da utilização da mediação no Brasil, será necessária a criação de um código de ética<sup>384</sup> dessa profissão, e a atuação dos mediadores deverá ser norteadada pelos padrões éticos previstos nessa norma.

O Código de Ética dos Mediadores<sup>385</sup> do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem recomenda que o mediador centralize sua

---

<sup>382</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 370.

<sup>383</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 374.

<sup>384</sup> O Código de Ética de uma profissão normalmente é elaborado por um órgão de classe, e nesse código busca-se instituir o que é aceito e o que não é aceito na prática daquela profissão. Serpa alerta que, como a mediação é um processo híbrido que abrange conhecimentos de diversas profissões, ela não se encaixa perfeitamente em compartimentos de padrões profissionais existentes em códigos de ética de outras áreas. A mediação exige um código próprio, com padrões refinados e específicos, que demandam um estudo diferenciado e complexo. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 295.

<sup>385</sup> O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem elaborou o Regulamento e o Código de Ética dos Mediadores, para serem aplicáveis a qualquer mediação extrajudicial realizada no Brasil. Entretanto, o Regulamento e o Código não têm caráter obrigatório, sendo apenas uma recomendação formulada pelo referido órgão. OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 195-198.

atuação na premissa de que a mediação tem seu fundamento primordial na autonomia da vontade das partes. Em consequência disso, a imposição de um mediador obrigatório, não eleito pelas partes, descaracteriza por completo o processo de mediação, pois fere uma característica essencial da mediação, a voluntariedade.

Os princípios fundamentais recomendados são<sup>386</sup> a imparcialidade<sup>387</sup>, a credibilidade, a competência, a diligência e a confidencialidade.<sup>388</sup>

Highton<sup>389</sup> lembra a existência de duas áreas em que podem aparecer questões problemáticas de eventual parcialidade do mediador: relações com as partes ou seus respectivos advogados, tanto previamente como posteriormente; relações pessoais de simpatia ou antipatia para com as partes durante a mediação. Deve-se informar cada parte sobre qualquer relação prévia que possa caracterizar prejuízo para a outra parte.

Serpa<sup>390</sup> alerta sobre outra questão problemática e de eventual parcialidade do mediador: a disparidade econômica entre as partes. Como impedir que uma parte, mais poderosa, determine a solução do conflito conforme seus

---

<sup>386</sup> Disposição referente ao Código de Ética dos Mediadores, Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 196.

<sup>387</sup> Não esquecendo que, como já foi dito, o mediador, quando auxilia na construção de solução para os conflitos, também se introduz no processo, e portanto não é neutro. Deve o mediador estar livre de favoritismo ou inclinação em favor de uma das partes.

<sup>388</sup> Em regra geral, o respeito à confidencialidade é uma das manifestações do agir ético necessário ao mediador. As hipóteses de exceção à regra geral são: informação que deve revelar-se por obrigação legal; renúncia à confidencialidade; casos específicos pré-estabelecidos; informação que poderá pôr em risco a integridade física; evidência de conduta pouco ética de outro mediador. ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1996, p. 225.

<sup>389</sup> Se aparecer algum conflito de interesses ou alguma questão que possa afetar a imparcialidade, antes ou durante o curso da mediação, o mediador tem a obrigação de informar aos participantes a situação. HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 375.

<sup>390</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 246. Essa matéria será melhor abordada no capítulo seguinte.

únicos interesses, em detrimento dos interesses da outra? A autora sugere que nessa hipótese o mediador deve encaminhar a parte em desvantagem para ser assistida por um profissional, a fim de reforçar e equilibrar o poder e propiciar a negociação de forma mais eqüitativa.<sup>391</sup>

Entre as proibições provenientes do princípio da confidencialidade está a interdição dos mediadores de utilizarem as informações apresentadas ou produzidas no processo de mediação para obterem algum benefício pessoal.

Highton<sup>392</sup> sugere que as promoções publicitárias dos mediadores devem ser embasadas na ética, fornecendo uma idéia correta dos serviços oferecidos.

Os mediadores devem encerrar a mediação se verificarem que a continuação do processo e os acordos projetados podem causar danos às partes.<sup>393</sup>

Serpa<sup>394</sup>, com base no previsto no Estatuto da Flórida, recomenda que o mediador não deve mediar nenhuma disputa que já esteja sendo mediada por

---

<sup>391</sup> Além disso, é reconhecido pelos técnicos em mediação que os acordos feitos com base no desequilíbrio de poder das partes tendem a ser injustos e de pouca durabilidade. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 246. O mediador é um profissional que não pode fornecer assistência jurídica ou de qualquer outra espécie que não a de mediador. VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 116.

<sup>392</sup> Não se devem realizar declarações de resultados ou promessas específicas que impliquem favorecer uma das partes com o objetivo de conquistar clientela. HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 381. "Toda atitude do mediador reflete-se diretamente na imagem do profissional. Face a isso, não é conveniente que o mediador faça publicidade e propaganda de seus serviços, de forma a enganar ou conduzir os interessados a idéias falsas do processo, seu custo e benefícios e muito menos de seu papel, competência e qualificações." SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 242.

<sup>393</sup> Se o mediador chegar à conclusão de que poderá resultar uma grave injustiça, caso o acordo seja firmado pelas partes, deverá retirar-se da mediação. HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 386-387.

<sup>394</sup> Nos casos de co-mediação, em que mais de um profissional conduz o processo, recomenda-se que cada mediador tenha a responsabilidade de manter os outros informados do desenvolvimento da essência da mediação, para que o esforço coletivo tenha resultado único. As aspirações das partes sobrepõem-se aos interesses dos mediadores, norma também prevista no Estatuto da Flórida. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 252.

outro mediador sem antes consultar a pessoa, ou pessoas, que esteja(m) conduzindo a mediação.

Highton<sup>395</sup> recomenda que todo programa de mediação público ou privado tenha um regime de procedimentos disciplinares aplicáveis nos casos de descumprimento das normas do código de ética profissional da instituição. Ele também recomenda a criação de procedimentos oficiais que permitam às partes apresentar suas queixas contra um mediador ou um programa de mediação, com posterior processo disciplinar e investigação.

São deveres do mediador perante as partes<sup>396</sup>: a) garantir a oportunidade de entender e avaliar as implicações e o desdobramento do processo e de cada item negociado nas entrevistas preliminares e no curso de mediação<sup>397</sup>; b) esclarecer quanto aos honorários, custos e forma de pagamento<sup>398</sup>; c) usar de prudência e de veracidade, abstendo-se de promessas e garantias a respeito dos resultados; d) dialogar separadamente com uma parte somente quando for dado conhecimento e igual oportunidade à outra; e) esclarecer à parte, ao finalizar uma sessão em separado, quais os pontos sigilosos e quais os que podem ser do conhecimento da outra parte; f) assegurar-se de que as partes tenham voz e legitimidade no processo, garantindo assim o equilíbrio de poder; g) recomendar às partes uma revisão legal do acordo antes de subscrevê-lo; h) eximir-se de forçar a aceitação de um acordo e/ou tomar decisões

---

<sup>395</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 390-391.

<sup>396</sup> Disposição referente ao Código de Ética dos Mediadores, Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 197.

<sup>397</sup> O mediador tem de avaliar o efeito das suas intervenções e aceitar inteira responsabilidade pela honestidade e mérito dessas intervenções. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 241.

<sup>398</sup> O Estatuto da Flórida determina que o mediador deve se empenhar em manter o total cobrado pelos serviços e despesas num limite razoável e condizente com a natureza do caso. Se honorários são cobrados, o mediador deverá fornecer às partes uma explicação por escrito dos honorários e das despesas relativas ao trabalho, incluindo prazo e forma de pagamento, antes de iniciar a mediação. Para melhor corresponder à filosofia da mediação, o mediador deve conscientizar as partes quanto à divisão equitativa dos honorários a serem pagos pelo processo. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 237-238.

pelas partes; e i) observar a restrição de não atuar como profissional contratado por qualquer uma das partes, para tratar de questão que tenha correlação com a matéria mediada.

Cabe ao mediador, quando da sua nomeação<sup>399</sup>: aceitar o encargo somente se estiver imbuído do propósito de atuar de acordo com os princípios fundamentais estabelecidos e normas éticas, mantendo íntegro o processo de mediação; revelar, antes de aceitar a indicação, interesse ou relacionamento que possa afetar a imparcialidade, suscitar aparência de parcialidade ou quebra de independência, para que as partes tenham elementos de avaliação e decisão sobre sua continuidade; avaliar a aplicabilidade ou não de mediação ao caso e obrigar-se, ao aceitar a nomeação, a seguir os termos convencionados.

O mediador, diante do processo, deverá<sup>400</sup>: a) descrever o processo da mediação para as partes; b) definir junto aos mediados, todos os procedimentos pertinentes ao processo; c) esclarecer quanto ao sigilo; d) assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar ao bom termo os objetivos da mediação; e) zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados; f) sugerir a busca e/ou participação de especialistas, na medida em que suas presenças se façam necessárias, bem como esclarecimentos para a manutenção da equanimidade; g) interromper o processo diante de qualquer impedimento ético ou legal; h) fornecer às partes, por escrito, as conclusões da mediação, quando por elas solicitadas.

---

<sup>399</sup> Disposição referente ao Código de Ética dos Mediadores, Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 196.

<sup>400</sup> Disposição referente ao Código de Ética dos Mediadores, Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 198.

O mediador perante a instituição ou entidade especializada deverá<sup>401</sup>: cooperar para a qualidade dos serviços prestados pela instituição ou entidade especializada; manter os padrões de qualificação de formação, aprimoramento e especialização exigidos pela instituição ou entidade especializada; acatar as normas institucionais e éticas da profissão; submeter-se ao código e ao conselho de ética da instituição ou entidade especializada, comunicando qualquer violação às suas normas.

Para Six<sup>402</sup>, o ato ético do mediador deve realizar-se segundo três deveres: a valentia, a prudência e a retitude. O mediador deve ser valente, cabendo a ele assumir o risco inerente ao sucesso ou ao fracasso.<sup>403</sup> A prudência evita que o mediador se converta em um moralista; ela também o convida, sem cessar, a encontrar o ensino que dirige aos caminhos de sua liberdade<sup>404</sup>. A retitude na prática da mediação consiste em que o mediador não deve, pois, abandonar a vigilância, mas conservar o discernimento em ativo para evitar tomar o lugar da liberdade dos mediados.<sup>405</sup>

Para não cair nos modismos de “idealização” tanto da mediação quanto da ética, buscou-se nessa parte do trabalho esboçar apontamentos sobre a ética na prática da mediação. Os apontamentos teóricos sobre a ética são valiosos, pois norteiam a atuação do mediador. Entretanto, jamais a teoria conseguirá

<sup>401</sup> Disposição referente ao Código de Ética dos Mediadores, Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 198.

<sup>402</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 177.

<sup>403</sup> A tarefa do mediador é criativa e preventiva. Ele evita alcançar o êxito evidente, pois a prática da mediação requer discricção. A valentia é uma tarefa diária e continuada. A mediação exige, em sua prática, uma grande força moral. SIX, Jean-François. op. cit. p. 177. Six propõe a existência de apenas uma perspectiva ética para atuação do mediador, que pode ser um pouco flexível, mas deve ser unificada para todo tipo de mediação. SIX, Jean-François. op. cit. p. 178.

<sup>404</sup> O mediador exerce uma pressão sobre duas liberdades para que inventem juntas uma solução moral, conforme a dignidade do ser humano, para seu problema; a prudência, nesse momento, consiste em comportar-se de forma oposta aos espíritos dogmáticos que impõem aos seres humanos regras de vida pretensamente imutáveis. SIX, Jean-François. op. cit. p. 180.

<sup>405</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 181.

teorizar soluções para todas as questões éticas da vida real. A ética é, portanto, acima de tudo uma ciência prática.

### 3.7 Educação para mediadores

A mediação na atualidade começa a se profissionalizar<sup>406</sup>. Tal profissionalização acarreta várias conseqüências, tais como: uma maior regulamentação; o desenvolvimento de programas profissionais; uma maior credibilidade para o profissional atuante nessa área; a necessidade de treinamento para a concessão de licenciatura ou certificação para mediadores.

Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência adequada à natureza do conflito.<sup>407</sup>

Pode sê-lo também a pessoa jurídica que, nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências desse artigo.<sup>408</sup>

No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.<sup>409</sup>

<sup>406</sup> Segundo Serpa, em 1984 já existia nos Estados Unidos, nos Estados de Connecticut, Nevada, Oregon e Califórnia, a exigência da formação superior em Psicologia, Assistência Social ou outra área afim para mediadores de família. Nos Estados Unidos existem cursos de graduação específicos para mediadores e a possibilidade de profissionais de formação em Direito, Psicologia e Administração realizarem um aperfeiçoamento prático para poderem atuar como mediadores. Quando os métodos alternativos de resolução de conflitos começaram a ser implementados nos Estados Unidos, há mais de vinte e cinco anos, a única exigência para atuar como mediador voluntário era a formação universitária. Na atualidade, verifica-se uma profissionalização da mediação naquele país, e várias legislações estaduais organizam a profissão, estabelecendo a necessidade de realização de cursos de especialização e treinamento específico para se atuar como mediador. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 272-280

<sup>407</sup> Artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 4.287, de 2000, em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro.

<sup>408</sup> Parágrafo primeiro, do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 4.287, de 2000, em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro.



Com um maior controle sobre a formação do profissional da mediação, a população estaria menos exposta ao risco de ser lesada por um profissional totalmente incompetente.

Serpa<sup>410</sup> relata que na Inglaterra e nos Estados Unidos, a partir da década de 90, foi muito comum a realização de *workshops* e seminários oferecidos como meio de acesso dos interessados à profissão de mediador.

A utilização cada vez maior dos meios alternativos de resolução de conflitos tem estimulado a criação de programas sistêmicos, combinando as Escolas de Direito com Serviço Social ou Psicologia.<sup>411</sup>

No Brasil, a formação profissional do mediador é inadequada. Alguns estados brasileiros oferecem cursos intensivos de 40 e 20 horas. Segundo Serpa<sup>412</sup>, os cursos são limitados quanto à teoria da mediação e somente propiciam um conhecimento prático e teórico introdutório.

A mediação ressurge como forma de solução de conflitos imbuída da missão de extinguir o conflito, num plano socio-psicológico, para além do legal.<sup>413</sup>

---

<sup>409</sup> Parágrafo segundo, do artigo 2.º do Projeto de Lei n.º 4.287, de 2000, em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro.

<sup>410</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 285.

<sup>411</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 285.

<sup>412</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 284. A autora também constata a ocorrência em algumas localidades de palestras e conferências, questionando os panfletos de algumas dessas conferências que trazem o nome dos conferencistas como sendo "Drs. Fulanos de Tal, advogados e mediadores associados". Esses impressos denotam a ausência de um trato científico adequado com a atividade realizada pelo mediador. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 284. É interessante também citar que o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo primeiro, parágrafo terceiro, proíbe a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade. Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994.

<sup>413</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (org.). A mediação no futuro e o futuro da mediação inspirado em Warat. *O poder das metáforas – Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 325.

A solução de conflitos no sistema conflitual (judicial e arbitragem) busca apenas uma decisão quanto ao conflito apresentado. Mas através da mediação busca-se conhecer todas as nuances geradoras do conflito, numa forma diferente de enfrentar os conflitos.

Para Oliveira Júnior<sup>414</sup>, o processo realizado pelo mediador é o restabelecimento de uma semiótica do diálogo, ou seja, através da linguagem tenta-se restabelecer o diálogo.

Segundo Warat, apud Oliveira Júnior<sup>415</sup>, a mediação é um efetivo direito, alternativo ao do Estado, e por isso mesmo requer muitos estudos futuros, rumo à fundamentação de um arcabouço teórico.

O profissional atuante na mediação deve ter conhecimentos multidisciplinares, tais como Psicologia, Sociologia e Direito. Essa formação interdisciplinar auxilia na qualificação de um profissional realmente apto para a árdua tarefa de mediar conflitos.

Muitos estudos têm sido voltados para um melhor conhecimento e utilização dos métodos alternativos. Esses estudos, muitas vezes, são interdisciplinares, pois a ciência jurídica não supre todas as perspectivas que devem ser estudadas na busca de um conhecimento completo do fenômeno.

Para Serpa<sup>416</sup>, a formação básica de um mediador deve conter necessariamente as seguintes matérias: estudo do conflito<sup>417</sup>; situação do

---

<sup>414</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 169. Durante a mediação toda a comunicação será oral e o mediador deverá ter um bom conhecimento de Lingüística e Semiótica. O estudo dessas disciplinas é fundamental sob dois aspectos: melhor comunicação com os mediados e poderá entender melhor os mediados. VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit. p. 117. Oliveira Junior acrescenta que o mediador deve também conhecer linguagens não-verbais e o inconsciente. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 169.

<sup>415</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (org.). op. cit., 1998. p. 328.

processo mediador em meio a outras formas de resolução de disputas; estudo da negociação; processo e técnicas de mediação; conhecimento substantivo do objeto da disputa e de padrões éticos da mediação.

Para Folger<sup>418</sup>, os principais temas de estudos que estão sendo realizados são os seguintes: a) comparação das diversas formas de intervenção de terceiros; b) exame da influência das ações de terceiros; c) avaliação das aptidões para a intervenção e os seus resultados.

Para Vezzula<sup>419</sup>, os conhecimentos necessários para a completa formação de um mediador são: a) negociação cooperativa<sup>420</sup> – o mediador deve saber muito de negociação e ser didático; b) comunicação<sup>421</sup> – a base de todo conflito e seu tratamento está na possibilidade de uma boa comunicação; c) aspectos psicológicos da personalidade humana<sup>422</sup> – não é possível entender os problemas humanos e menos ainda as grandes dificuldades de inter-relação, sem ter conhecimento básico de Psicologia; d) teoria das decisões<sup>423</sup> – o mediador

---

<sup>416</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 287.

<sup>417</sup> É importante identificar os fatores que originam o conflito, a sua natureza, sua manifestação em determinadas disputas, sua dinâmica, como cresce, por que cresce e como pode ser administrado. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 288.

<sup>418</sup> FOLGER, Joseph P. op. cit., p. 11-12.

<sup>419</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 117.

<sup>420</sup> Segundo o autor, a Escola de Harvard possui as melhores técnicas nessa disciplina. VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 117.

<sup>421</sup> Vezzulla ressalta a Escola Francesa de Psicanálise, a Escola Sistêmica e a Escola de Paio Alto da Califórnia, sendo esta última especializada em Semiótica. VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 117.

<sup>422</sup> “Desde a Psicanálise freudiana e suas atualizações lacanianas, até as escolas sistêmicas, todas elas tem contribuído para que o mediador possa entender cada vez melhor os conflitos subjetivos, as emoções, os interesses subjacentes e as diversas formas de inter-relação.” VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 118.

<sup>423</sup> “O mediador deve conhecer muitas técnicas de gestão de conflitos, e meios de analisar as diversas alternativas, para aplicá-las junto aos mediados, para que possam definir qual a solução mais favorável para todos.” VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit. p. 118.

deve auxiliar as partes na construção de soluções satisfatórias para as mesmas; e) as leis que regem o caso<sup>424</sup> – o mediador deve conhecer as leis em vigência, para evitar o avanço por caminhos ilegais; f) aspectos da Sociologia<sup>425</sup> – é fundamental que o mediador tenha uma clara visão da realidade total de seus mediados, em que as circunstâncias sociais são de grande importância; g) técnicas específicas de investigação e de resumo<sup>426</sup> – a mediação possui técnicas especificamente elaboradas para despertar nos mediados o desejo real de encontrar uma solução para a disputa.

*“Três linhas exercem maior influência na prática da mediação no Brasil: a) A Escola de Harvard, que é a mais importante no estudo da negociação, trabalha os caminhos possíveis para vencer cada um dos obstáculos, introduzindo conceitos claros e essenciais que foram incorporados à mediação (...); b) Transformativa, que considera em primeiro plano as inter-relações entre as partes trazendo à mediação uma revisão das relações (...) e c) Pós-moderna ou Narrativa, enfatiza a comunicação em seus aspectos expressivos de conteúdo e de inter-relação.”<sup>427</sup>*

Six<sup>428</sup> afirma que existem duas formas de mediação utilizadas no mundo ocidental. A primeira tem suas raízes e bases de fundamentação na cultura dos Estados Unidos e a segunda, na cultura européia. Segundo o autor, a mediação de origem norte-americana limita-se apenas a resolver os conflitos, já a

<sup>424</sup> O mediador deve sugerir às partes a realização de uma consulta com seus advogados para receberem assessoramento específico sobre o tema. VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit. p. 118.

<sup>425</sup> “Os conceitos de entorno, ideologia e realidade são fundamentais no trabalho na mediação e seu desconhecimento pode conduzir ao fracasso.” VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit. p. 118.

<sup>426</sup> “Saber investigar, sem procurar a ‘verdade’ nem a ‘culpabilidade’, senão para que se integre as versões numa história comum sobre o que os mediados tem a responsabilidade conjunta de decidir.” VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit. p. 118.

<sup>427</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 119.

<sup>428</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 180-202.

de raízes européias compromete-se principalmente a reparar os laços ou administrar as rupturas de laços, ou seja, as diferenças.

As duas formas de mediação são bastante distintas. Na primeira forma, a solução é conservadora e as partes permanecem cada uma em seu lugar; buscando-se solucionar o conflito e normalizar a situação o mais rápido possível. É denominada “mediação fechada”. A outra forma de solução é denominada “mediação aberta”.<sup>429</sup>

Six<sup>430</sup> alerta que o mediador que pretende adotar a perspectiva da “mediação aberta” deverá, num primeiro momento, realizar uma auto-análise, por exemplo, dos efeitos de sua formação profissional anterior, que influencia diretamente a forma como ele vê o mundo. Deve ainda não pretender alcançar a gratidão das partes quando realiza a sua missão.

Six<sup>431</sup> critica as obras segundo as quais qualquer ser humano é capaz de ser um futuro mediador. Para o autor, a divulgação e a educação em prol de uma cultura da paz é louvável, mas situar a capacidade de mediar como um dom presente em todos indivíduos é uma irresponsabilidade. Six<sup>432</sup> informa que as pessoas que adotam a teoria de origem norte-americana crêem numa harmonia universal, baseada no isolamento de cada indivíduo no seu respectivo ambiente. O autor informa ainda que as teorias de origem norte-americana tendem a multiplicar as formações rápidas e particulares. Por outro lado, as teorias de

---

<sup>429</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 180-202. Na mediação aberta não se pensa no acordo, que surgirá naturalmente quando as pessoas envolvidas puderem dialogar. Todo conflito é de inter-relação. Se não se modificam as pessoas nessa relação, não se pode avançar na solução do problema. VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 119.

<sup>430</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 180-202.

<sup>431</sup> Nesse ponto o autor descreve a formação do mediador cidadão. Para Six, o mediador cidadão é apenas o que atua obscuramente nas comunidades. SIX, Jean-François. op. cit., p. 180-202.

<sup>432</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 180-202.

mediação aberta realizam o movimento contrário: a formação será melhor quanto menos for particularizada.

A formação de um mediador requer: uma formação geral que o capacite a atuar em diversos setores da sociedade civil; a maturidade, não bastando apenas ser maior de idade, mas dotado de maturidade psicológica, social e experiência de vida; e, por último, discernimento em relação aos diversos enfoques do mundo. Alguém que apenas tem conhecimento em uma área específica, de uma só forma de fazer as coisas, não poderá ser um bom mediador.<sup>433</sup> Os institutos que realizam a formação dos mediadores devem ser muito responsáveis, não permitindo a inserção no mercado de mediadores incompetentes e usando de rigor na seleção de candidatos.<sup>434</sup>

No Brasil ainda há uma grande resistência em aceitar a mediação como uma das formas possíveis de solução de conflitos. Essa resistência é gerada pelo corporativismo dos profissionais das áreas jurídicas e pelo desconhecimento do instituto por parte da população.

Várias medidas são necessárias para mudar essa ordem de coisas: em primeiro lugar, é necessária a divulgação e o esclarecimento a respeito do instituto, a fim de ampliar o rol de conhecedores desse instituto; em segundo lugar, é necessário um debate consciente sobre a forma de mediação que se pretende adotar e as conseqüências dessa adoção; e em terceiro lugar, deve-se investir numa formação adequada, pois uma formação ruim ou incompleta dos mediadores pode decretar o fim precoce desse instituto em nosso país.

---

<sup>433</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 180-202.

<sup>434</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 180-202.

## **CAPÍTULO 4 – Perspectivas da mediação na prevenção e solução de conflitos locatícios:**

### **4.1 Os mediadores na prevenção e solução de conflitos locatícios**

A maioria das locações<sup>435</sup> de imóveis urbanos<sup>436</sup> no Brasil é realizada por intermédio de um corretor de imóveis. Esse corretor normalmente representa uma corretora de imóveis.<sup>437</sup>

Anteriormente, a grande massa de imóveis destinados à locação era constituída de casas, quartos, aposentos e outros sendo as locações, na maioria dos casos, contratadas individualmente entre locadores e locatários, com eventual participação de procuradores. Atualmente, diante do surto de construção de edifícios iniciado no período seguinte a 1950, passou-se a cogitar predominantemente da locação de apartamentos, unidades imobiliárias, e as locações passaram a ser realizadas, com raras exceções, por meio de administradoras de imóveis, o que anulou o contato físico ou a comunicação direta entre locador e locatário, abolindo os controles afetivos, sentimentais ou humanitários.<sup>438</sup>

---

<sup>435</sup> A locação é o fato jurídico que se implementa quando uma pessoa entra na posse de um imóvel do qual não tem propriedade, enquanto que a outra, que detém a propriedade ou tem a livre disposição do uso e gozo do bem entregue à locação, passa a ter um crédito em função desse evento. O contrato de locação é o conjunto de regras que regula essa locação.

<sup>436</sup> Os imóveis abrangidos pelo regime jurídico da lei 8.245/91 são os imóveis residenciais, os locados para temporada, aqueles objeto de locação empresarial, os destinados à saúde ou ensino, os situados em shopping center, os locados a pessoa jurídica e os não-residenciais, conforme os artigos 47 a 56 da referida Lei.

<sup>437</sup> De acordo com a Lei n.º 6.530 de 12.05.1978, artigo 3º, compete ao corretor de imóveis a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo ainda opinar quanto à comercialização imobiliária. Essas atribuições poderão também ser exercidas por pessoa jurídica regularmente inscrita no Conselho Regional de Corretores de Imóveis.

<sup>438</sup> PACHECO, José da Silva. op. cit., p. 193.

A pessoa que detém a propriedade ou a livre disposição do uso e gozo de um imóvel contrata uma administradora de imóveis através de um contrato de corretagem, para que um dos corretores que atuam nessa instituição realize a locação.<sup>439</sup>

Pelo contrato de corretagem, uma pessoa – a qual não fica ligada à outra em virtude do mandato de prestação de serviços ou qualquer relação de dependência – obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.<sup>440</sup>

O contrato de corretagem é oneroso e o corretor tem direito a receber uma remuneração no momento em que o negócio é concretizado. Essa despesa pode ser paga pelo locador ou pelo locatário, mas geralmente é paga pelo locador.<sup>441</sup>

*“Entre as obrigações do corretor se inclui a de ministrar às partes os dados e informes interessantes à realização do negócio, como, dentre outros, a situação econômica e financeira dos contratantes, mas o corretor não é responsável pela execução do negócio, não lhe incumbindo redigir minutas ou prestar assistência jurídica. Aproximadas as partes, e prestadas as informações necessárias à celebração do contrato,*

---

<sup>439</sup> “A insegurança dos grandes centros urbanos, aliada ao isolamento natural que o cotidiano profissional a todos impõe, invariável, inexorável e indistintamente, intensifica a importância do intermediador de negócios, cuja reputação e confiabilidade se apresentam mais e mais indispensáveis, na exata proporção em que se distanciam as pessoas e se desfaz a possibilidade de selecionar, com as cautelas desejáveis, os próprios parceiros comerciais.” TEPELINO, Gustavo. op. cit. p. 114.

<sup>440</sup> Redação conforme o artigo 722, do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, n.º 118, de 1984, (n.º 634/75, na Casa de origem), sobre o novo Código Civil Brasileiro.

<sup>441</sup> E como, na praxe do mercado, é o locador quem contrata o intermediador, também é ele que deverá suportar as despesas, a não ser que o próprio interessado na locação incumba alguém de lhe encontrar um imóvel para alugar. SOUZA, Silvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.º edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 103.



*exauriu o corretor o seu trabalho, fazendo jus à remuneração pactuada.*<sup>442</sup>

Através da negociação, os contraentes estipulam as regras atinentes ao contrato<sup>443</sup> de locação, firmando o valor do aluguel, o objeto da locação, a garantia locatícia, os encargos e as demais cláusulas.

A elaboração do contrato é de interesse de ambas as partes, já que nele se inserem direitos e obrigações recíprocas, e a contratação do profissional encarregado de sua redação pode ser feita tanto pelo locador quanto pelo locatário, ou por ambos.<sup>444</sup>

Um outro aspecto do contrato de locação diz respeito às despesas de administração imobiliária referentes ao recebimento dos aluguéis, extração dos recibos, pagamento dos impostos e encargos que recaem sobre o imóvel, vistorias para verificação do estado do imóvel, contratação para realização de pequenos reparos e outros.

<sup>442</sup> SOUZA, Silvio Capanema de. op. cit., p. 103. A elaboração de um contrato de locação entre os contraentes é uma prestação de serviço distinta do trabalho de intermediação. SOUZA, Silvio Capanema de. op. cit., p. 104.

<sup>443</sup> Esse contrato deve necessariamente respeitar as regras previstas na lei 8.245/91 e demais normas do ordenamento jurídico brasileiro relativas à matéria.

<sup>444</sup> “Nem se diga que, em geral, quem dirige o contrato é o administrador ou o advogado do proprietário do imóvel, que não poderia, assim, receber honorários do candidato à locação, sob pena de incidir em patrocínio infiel. O argumento é de indigente fragilidade jurídica. Em muitas outras hipóteses, sem qualquer arranhão ético, o advogado pode representar as duas partes de uma mesma relação jurídica. Nas separações judiciais ou divórcios, desde que consensuais, podem as partes se louvar no mesmo advogado, que a ambas representa em juízo, ajustando até mesmo a partilha de bens, o valor da pensão alimentícia, a guarda dos filhos comuns etc. É evidente que a lei assegura aos cônjuges o direito de ter, cada um, o seu próprio advogado. Também é freqüente que na compra e venda, um só advogado, e geralmente do vendedor, redija a minuta do contrato, ou do recibo de sinal. O que não se poderia admitir é que o mesmo advogado, ou mandatário, representasse as partes cujos interesses estão conflitantes, e entre as quais já há litígio. Logo, desde que o candidato à locação deposite confiança no advogado ou mandatário do futuro locador, que lhe é indicado, e resolva contratá-lo para também representá-lo na elaboração do contrato de locação, nada impede, quer sobre o aspecto legal, quer no campo da ética, que ele atue no interesse recíproco, podendo as partes, então, acertar, livremente, a quem caberá o pagamento da remuneração. Como se vê, tudo dependerá do que as partes ajustarem, dentro dos salutaros princípios da autonomia da vontade.” SOUZA, Silvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 105-106.

Cabe ao locador, conforme o artigo 22, inciso VII, da Lei 8.245/91, o pagamento das taxas de administração imobiliária, se houver, e de intermediações, aqui compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou do seu fiador.

Os dois tipos genéricos de locação de imóveis urbanos são as locações residenciais e as não residenciais. A distinção desses dois tipos deve ser feita com base no uso do imóvel locado a que o locatário está autorizado.

As relações locatícias de maior abrangência social são as reguladas pela Lei 8.245/91.<sup>445</sup>

O conflito locatício pode ocorrer no momento em que se está firmando o contrato entre os contraentes e/ou durante a vigência do contrato de locação – sendo que os conflitos não solucionados durante a vigência do contrato podem perdurar até depois de terminada a relação locatícia. Esses conflitos normalmente surgem por causa do descumprimento das cláusulas contratuais ou por descumprimento da legislação por parte dos contraentes.

*“A relação entre as forças, com o transcurso do tempo, desloca-se; quando um dos contraentes sente ou acredita sentir que suas forças cresceram em relação ao que eram no momento da conclusão do contrato, naturalmente se vê determinado a violá-lo.”(...) “O Contrato, no terreno econômico, vale mais para interromper do que para eliminar a guerra; é, na verdade, mais um instrumento de trégua do que um instrumento de paz.”<sup>446</sup>*

<sup>445</sup> A ampliação das locações excluídas revela, ainda, a opção legislativa de disciplinar o contrato de locação levando em conta o seu aspecto funcional, reunindo sob o mesmo estatuto apenas as espécies locatícias que regulam interesses considerados dignos de tutela diferenciada pelo sistema constitucional como a moradia, o fundo de comércio e a empresa como instituição social geradora de empregos – e que contribui para o desenvolvimento da economia do país. Inexistindo tais finalidades, o legislador dispensa a proteção especial da lei em exame. TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 141-142.

<sup>446</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 35-36.

Um tipo de conflito advindo das relações locatícias pode ser resultado da negligência das administradoras de imóveis que, ao receberem o imóvel para a locação, não examinam com a cautela necessária a qualidade do contratante de seus serviços, ou seja, não se asseguram de sua capacidade, não apenas para locar o imóvel que será ofertado a terceiro, mas também para assegurar seu uso pacífico ao longo do contrato, o que constitui, em termos do Código de Defesa do Consumidor, um grave erro pelo princípio que estabelece a co-responsabilidade entre todos aqueles que participam da oferta e do contrato de consumo.<sup>447</sup>

Os conflitos advindos das relações locatícias são numerosos e de delicada solução. As partes envolvidas normalmente anseiam por soluções rápidas e justas. Em muitos momentos o instrumental jurisdicional moroso, caro e excessivamente formalista não tem alcançado o resultado com a agilidade necessária.

A via judicial não se tem mostrado suficientemente capaz de resolver todos os conflitos existentes na sociedade atual. Portanto, outros meios para gerir contenciosos estão sendo utilizados, tais como a conciliação, a mediação e a transação.

Procurando solucionar as disputas sem recorrer à via judicial, muitas imobiliárias buscam uma instituição que realize mediações ou contratam um profissional para realizá-las, convidando as partes envolvidas na disputa para comparecem a um encontro nessa instituição ou com esse profissional.

Para desempenhar bem seu papel nesse campo de atuação da mediação, o mediador deve possuir conhecimentos sobre a matéria concernente

---

<sup>447</sup> “Assim, importa à administradora, antes de oferecer publicamente o imóvel à locação, saber se quem o apresenta detém direito de uso e se não responde por medidas judiciais que sejam capazes de afetar a posse pacífica do imóvel pela locatária.” MELLO NETO, João Alfredo. *Contratos de Locação predial urbana residencial*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 66.

ao conflito. Esse conhecimento é saudável, pois gera uma maior estabilidade emocional nas partes ao aceitarem participar desse processo.

O mediador deve ainda observar a restrição de não atuar como profissional contratado por qualquer uma das partes.

Inicia-se a mediação com o comparecimento voluntário das partes. O mediador deve, ao realizar o encontro, buscar conhecer os pontos de confrontação e concordância das partes.

O mediador que atua na resolução de conflitos locatícios não deve impor uma solução, que deve ser construída pelas partes através do diálogo. O sentimento de confiança na transparência do processo é fundamental para criar um ambiente propício para que as partes consigam realizar uma comunicação sem receios.<sup>448</sup>

Para melhor corresponder à filosofia da mediação, o mediador deve conscientizar as partes em dividir eqüitativamente os honorários a serem pagos pelo processo.<sup>449</sup>

O mediador deve motivar sem manipular, buscando a obtenção de um acordo sem recorrer à coação. Deve mesmo criar certas dúvidas e inseguranças em cada uma das partes, para que vejam as fragilidades de suas posições e abram suas mentes ao concordar com o combinado.<sup>450</sup>

Segundo Highton<sup>451</sup>, a mediação pode ser solicitada pelas partes ou oferecida. Na mediação solicitada, uma ou ambas as partes solicitam a

---

<sup>448</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 225.

<sup>449</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 238.

<sup>450</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 197.

<sup>451</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 199.

intervenção de um mediador a fim de auxiliar na construção de uma solução para a controvérsia. Na mediação oferecida, a iniciativa surge do terceiro que pretende colaborar para que a controvérsia seja solucionada pacificamente. Esse tipo de mediação pode ser oferecida pelo Poder Judiciário, por uma empresa – pública ou privada – e outras instituições.

Muitas pessoas, países ou instituições – como a ONU, por exemplo – têm se colocado como mediadores de conflitos, ajudando as partes a achar um ponto de encontro entre suas demandas.<sup>452</sup>

Para Six<sup>453</sup>, os mediadores conhecidos<sup>454</sup> apenas realizam a solução dos problemas, mas os mediadores cidadãos têm outra posição: as pessoas dirigem-se a eles de igual para igual, como a alguém que não tenha poder, pedindo que sejam verdadeiramente terceiras pessoas, e não árbitros que emitam juízos.<sup>455</sup>

## 4.2 As partes na prevenção e solução de conflitos locatícios

O contrato de locação é consensual, contínuo, bilateral e oneroso. Consensual, pois há a proposta e a aceitação, ocorrendo o acordo, a

<sup>452</sup> GALANO, Monica Haydee. Mediação – uma nova mentalidade. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 103.

<sup>453</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 37.

<sup>454</sup> Segundo Serpa, existem na França três tipos de mediadores: os desconhecidos, que atuam obscuramente nas comunidades. São figuras populares que se destacam por “suas características de imparcialidade e sabedoria; os conhecidos, que recebem mandato político, outorgado por um Conselho de Ministros, por seis anos,” portam “o título de Mediateur de La République”; e as instituições mediadoras como, por exemplo, a “Comission Nationale Consultative des Droits de L'homme.” SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 216.

<sup>455</sup> Os mediadores cidadãos estão destinados a encontrar-se antes de tudo com as pessoas. Não resolvem os conflitos, mas encontram pessoas que estão em situação de conflito; não têm armas para terminar com o conflito, mas estão lá para permitir que as pessoas encontrem, por seus próprios meios, uma saída para seu conflito. SIX, Jean-François. op. cit., p. 37.

concordância dos termos ajustados; bilateral, pois há prestação e contraprestação dos contraentes, o que importa em reciprocidade de obrigações; oneroso, pois há obrigações patrimoniais de ambos os contraentes; contínuo, pois é de vigência sucessiva.

Para que o contrato de locação seja considerado válido, ele deve contar com o consentimento das partes, que devem ser capazes, e o objeto negociado deve ser lícito.

Quanto à formação do vínculo, o caráter consensual e não solene do contrato de locação faz com ele precise de maiores exigências na fase genética.<sup>456</sup>

O assessoramento para firmar o contrato se faz mais importante durante a fase genética, quando é muito comum o locatário assinar o contrato numa agência de imóveis sem discutir as cláusulas estabelecidas nesse instrumento contratual, tornando o contrato de locação, muitas vezes, um verdadeiro “contrato de adesão”<sup>457</sup> para o locatário. Normalmente é afetado o equilíbrio contratual, sendo que muitas vezes o locatário não tem perfeito conhecimento das cláusulas que foram firmadas.

*“A pré-elaboração unilateral do conteúdo do contrato tornou-se a regra geral, mesmo por questões de economia e celeridade, aliadas ao fato de que de um lado dos contratos encontram-se os detentores dos concentrados bens e serviços e, de outro, um contratante hipossuficiente, incapaz de impor a sua*

---

<sup>456</sup> TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1.º a 26). In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 146.

<sup>457</sup> Nessa hipótese, segundo Nagib Slaibi Filho, o aderente está em situação desfavorecida ao aceitar a proposta porque não foi ele quem elaborou as cláusulas. Geralmente ele está em posição econômica inferior, sem ter até mesmo a oportunidade de recusar, e encontra-se sem amplo domínio da situação, não compreendendo sequer o que lhe foi proposto, por desconhecer todas as circunstâncias de fato. SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*. 9.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 53.

*vontade, pelo menos ao ponto de assegurar o relativo equilíbrio da relação contratual.*<sup>458</sup>

Como dito anteriormente, a elaboração do contrato de locação é de interesse de ambas as partes, já que nele se inserem direitos e obrigações recíprocas, e a contratação do profissional de sua redação pode ser feita tanto pelo locador, quanto pelo locatário, ou por ambos.

O ideal é que a contratação do profissional seja feita por ambos os contraentes para a preservação do equilíbrio entre eles.

Na hipótese de o locador já ter contratado o serviço de um determinado profissional, duas outras podem ocorrer: a) o candidato à locação deposita confiança no mandatário do futuro locador, que lhe é indicado<sup>459</sup>, e resolve contratá-lo para que também o represente na elaboração do contrato de locação; b) por não depositar confiança no mandatário do futuro locador, o candidato à locação busca o assessoramento de um outro profissional para que seja redigido um acordo equilibrado. Se ele não tiver condições de arcar com as despesas de contratação de um outro profissional, deverá buscar a assessoria de órgãos de atendimento ao consumidor<sup>460</sup>, como os PROCON's Estaduais ou Municipais, para a análise das cláusulas da proposta de contrato fornecida pelo locador.<sup>461</sup>

---

<sup>458</sup> MELLO NETO, João Alfredo. *Contratos de Locação predial urbana residencial*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 33.

<sup>459</sup> O mandatário pode ser indicado. Entretanto, a imposição arbitrária de um mandatário para concluir ou realizar um negócio jurídico pelo consumidor é considerada cláusula abusiva, conforme previsto no artigo 51, inciso VIII, da Lei 8.078/90.

<sup>460</sup> A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações locatícias é bastante debatida na doutrina e na jurisprudência pátria. É interessante, sobre a possibilidade da aplicação do CDC nos contratos de locação, o posicionamento de NASCIMENTO, que entende que a raiz do Código de Defesa do Consumidor reside no artigo 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal e portanto a partir do momento que foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor a garantia constitucional de proteção do consumidor (locatário) tomou-se efetiva, pois, o CDC nasceu para efetivar uma garantia constitucional e portanto, não é uma lei ordinária qualquer, mas uma lei ordinária complementar a Carta Constitucional. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. CDC e contrato de locação. *Revista Jurídica*, n.º 263. Ano 47. Porto Alegre: Síntese, setembro de 1999, p. 78-99. Para MARQUES apenas os contratos de locação não-comerciais estão incluídos no campo de aplicação do CDC, "que como norma de ordem pública estabelece um valor básico e

O conflito locatício pode ocorrer no momento em que se está firmando o contrato e/ou durante a sua vigência. Portanto, se o contrato de locação for adequado a ambos os contraentes, em tese reduzir-se-ão um pouco as possíveis fontes de uma disputa futura.

O equilíbrio dos compromissos assumidos pelas partes melhora a convivência dos contraentes e proporciona maior confiabilidade à relação. No dia-a-dia comercial, a boa convivência entre os que estão ligados por um pacto contratual é uma ferramenta valiosa para a continuidade saudável desse vínculo.

O contrato é um dos meios previstos no ordenamento jurídico posto à disposição dos particulares para o exercício da autonomia privada<sup>462</sup>. As pessoas podem livremente realizar contratos, mas o ordenamento jurídico pátrio impõe uma série de limitações à autonomia privada. Tais limitações ocorrem por via negativa: onde não existem tais limitações, o ordenamento reconhece a autonomia privada.

---

fundamental de nossa ordem jurídica." MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 168.

<sup>461</sup> Para Lagrasta Neto, o trabalho mais democrático dos advogados está na criação – a exemplo dos Estados Unidos – de *law communes*, escritórios de atendimento ao público, com verdadeiro caráter de assistência jurídica, capazes de defender os pobres em questões como inquilinato, invasão de terras e residências abandonadas e outros. Esses escritórios são descentralizados e próximos dos pontos de estrangulamento (guetos, favelas etc.) LAGRASTA NETO, Caetano. Meios alternativos de solução dos litígios. *Revista dos Tribunais*, volume 639. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro de 1989, p. 23.

<sup>462</sup> Miranda conceitua a autonomia privada como a área da livre atuação dos particulares (permitida pelo ordenamento jurídico), os quais estabelecem entre si, para a satisfação de seus interesses, relações para a prossecução das mais diversas funções econômico-sociais, tais como as de troca, de prestação de serviços e cooperação, podendo regulamentar essas relações como bem lhes aprouver. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, São Paulo: Atlas, 1994, p. 45.



Na esfera contratual, as limitações podem ocorrer por restrições de ordem pública<sup>463</sup>, de bons costumes<sup>464</sup> e pela intervenção estatal nas relações econômicas.

As normas mais recentes do ordenamento jurídico pátrio em material contratual<sup>465</sup> buscam conciliar a autonomia privada e a solidariedade social, equilibrando as relações contratuais e evitando que os hipossuficientes fiquem à mercê dos caprichos do contratante mais forte.

De acordo com o projeto de Lei do Código Civil Brasileiro<sup>466</sup>, Título V (Dos Contratos em geral), Capítulo I (Disposições gerais), Seção I (Preliminares), a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421); os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422); quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423); nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 424); e é lícito às partes estipular contratos atípicos desde que sejam observadas as normas gerais previstas no Código (art. 425).

---

<sup>463</sup> Para Page, apud Miranda, a lei de ordem pública é aquela que se entende com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa no direito privado as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. op. cit., p. 44.

<sup>464</sup> Segundo Miranda, *bons costumes* seriam os valores morais ou éticos subjacentes a toda comunidade regida por um determinado ordenamento jurídico. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. op. cit., p. 45.

<sup>465</sup> Um exemplo é a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078, de 12/09/90. Outro exemplo é a lei 8.245 de 1991, que buscou aliar a questão da função social da propriedade ao papel da moradia constitucionalmente garantido com o respeito à autonomia contratual (liberdade contratual e obrigatoriedade do contrato), buscando dinamizar o setor, estimular novas construções e aumentar a oferta de imóveis para a locação, fatores indispensáveis para a regulação do mercado locatício. TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 137-138.

<sup>466</sup> Dispositivos previstos no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, n.º 118, de 1984 (n.º 634/75, na Casa de origem), sobre o novo Código Civil Brasileiro.

O ordenamento jurídico através da criação do instituto – função social do contrato – objetiva conferir medidas ou mecanismos jurídicos capazes de coibir qualquer desigualdade na relação contratual.<sup>467</sup>

Toda pessoa tem direito de escolher a sua habitação e os direitos e obrigações entre locador e locatário devem ser equilibrados<sup>468</sup>. Entretanto, historicamente, nem sempre as relações locatícias previstas nos ordenamentos jurídicos primaram pelo equilíbrio. O constante desequilíbrio previsto nas legislações serve como mais uma fonte de conflitos entre os contraentes, dificultando essa relação tão delicada. Segundo Tepedino<sup>469</sup>, a Lei 8.245 de 1991 buscou unir os princípios de ordem pública à autonomia contratual.

*“A nova Lei de Locações de Imóveis Urbanos, a Lei n.º 8.245, de outubro de 1991, não pôde prever todos os conflitos entre locador e locatário, mas fixou princípios, no intuito de compatibilizar a iniciativa econômica privada, tutelada na Constituição, com os valores extrapatrimoniais, ou existenciais, da moradia, do trabalho, da estabilidade do homem em seu habitat. Na operacionalização da Lei de Locação não será consentido ao intérprete deixar de levar em conta os princípios constitucionais que informam o legislador especial, em particular o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a estabilidade do inquilino na comunidade familiar, em seu local de trabalho e em sua moradia adquira valor prioritário na solução dos conflitos de interesse.”*<sup>470</sup>

<sup>467</sup> A função social do contrato “não significa limitar a liberdade contratual; garante-se a liberdade de contratar, preservando, legalmente, valores fundamentais ligados à dignidade humana. Assim como a propriedade é vista como um ‘direito-função’, no sentido de ser garantida a propriedade natural, condicionado o seu exercício ao fim coletivo, também o contrato deve perquirir este sentido: o bem-estar social.” FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Contrato: da função social. *Revista Jurídica*. n.º 247. maio de 1999, p.9.

<sup>468</sup> PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 94.

<sup>469</sup> TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 137-138.

<sup>470</sup> TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 15-16.

Quando a oferta de imóveis postos à locação apresenta-se aquém da demanda, a carência de imóveis termina por submeter o locatário – forçado pela necessidade de contratar – a alguns abusos.

Uma legislação menos tendenciosa, ao trazer um certo equilíbrio entre os direitos e deveres dos contraentes, auxiliará em muito na estabilidade das relações futuramente firmadas.

Uma legislação que favorece em demasia os inquilinos acaba por produzir efeitos negativos nos locadores, que muitas vezes se tornam contraentes “mais armados”, excessivamente criteriosos ao permitirem a locação do imóvel de que detêm a propriedade ou a livre disposição do uso e gozo. Muitos deles acabam afugentados e preferem deixar os imóveis fechados a locá-los, o que agrava ainda mais o problema do déficit habitacional, majorando, além disso, os preços no mercado.

Uma legislação que privilegia os locadores, somada ao problema do déficit habitacional, transforma os locatários em verdadeiros “reféns” dos locadores, numa relação que deixa de ser contratual e passa a ser de subordinação.

É um grande desafio criar legislações que consigam conciliar os princípios de ordem pública com a autonomia contratual.

Existem outras fontes de conflito, além do contrato, nas relações locatícias. Uma delas é o comportamento dos contraentes durante o transcorrer da relação locatícia. Esse comportamento é muito influenciado pelas características pessoais inerentes a cada ser.

Kolb<sup>471</sup> ressalta que a mediação dificilmente será um processo eficaz de solução de conflitos quando as pessoas puserem em primeiro lugar a cólera. Ressalta ainda que quando os negociadores principais se detestam, pode ser necessário manter intermináveis conversas reservadas, nas quais grande parte da carga de representar cada lado perante o outro caia sobre os ombros do mediador.<sup>472</sup>

A prática da mediação dificilmente será eficaz nas situações em que parecer mais interessante para as partes obter um foro público para suas reclamações recíprocas do que trabalhar para resolver o conflito.<sup>473</sup>

Quando houver grandes disparidades econômicas entre as partes, a mediação pode não ser o processo mais adequado. Para Serpa, o mediador, quando identificar esse tipo de situação, deve encaminhar a parte em desvantagem para ser assistida por um profissional, a fim de reforçar e equilibrar o poder e propiciar uma negociação mais eqüitativa.<sup>474</sup>

Quando houver grandes disparidades culturais entre as partes, cabe ao mediador realizar os esclarecimentos necessários para que a mediação aconteça de forma equilibrada. Quando o mediador sentir que, mesmo com os esclarecimentos realizados, ainda não há o equilíbrio necessário entre os disputantes, ele deve, também nesse caso, encaminhar a parte em desvantagem para ser assistida por um profissional.

---

<sup>471</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 382.

<sup>472</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 382.

<sup>473</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 383.

<sup>474</sup> Além disso, é reconhecido pelos técnicos em mediação que os acordos feitos com base no desequilíbrio de poder das partes tendem a ser injustos e de pouca durabilidade. SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 246. O mediador é um profissional que não pode fornecer assistência jurídica ou de qualquer outra espécie que não a de mediador. VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 116.

Quando uma pessoa tem uma natureza violenta, irascível, autoritária ou intransigente, não é recomendável a mediação, pois a postura impositiva da pessoa pode agravar ainda mais as relações que já não estão se processando de maneira adequada.

Segundo Braga Neto<sup>475</sup>, a mediação não é adequada à solução de conflitos quando: a) uma das partes se interessa mais em manter a litigiosidade da relação do que em solucionar a disputa; b) falta cooperação na busca de uma solução; c) as condições físicas não são ideais; d) existem casos patológicos, em que os litigantes não têm condições de discutir seus próprios problemas.

O mediador, ao identificar que uma das partes que participa da mediação é extremamente submissa, deve realizar sessões individuais para tentar conhecer o potencial de esse comportamento ser revertido positivamente, e ainda encaminhar essa parte para uma assistência profissional para ser amparada. Diante da impossibilidade de qualquer uma dessas medidas, ele deve considerar o processo de mediação como ineficaz para a solução daquele conflito.

O trabalho do mediador pode ser solitário e emocionalmente desgastante. O desgaste do mediador normalmente é gerado pelos disputantes, pela dor emocional desses, a motivação limitada para resolver suas dificuldades e a combatividade e a resistência geral que freqüentemente conspiram para frustrar e desmoralizar até mesmo o mediador mais tenaz e com maiores recursos.<sup>476</sup>

---

<sup>475</sup> BRAGA NETO, Adolpho. op. cit., p. 96.

<sup>476</sup> KOLB, Deborah M. et al. op. cit., p. 381.

### **4.3 A assistência profissional na prevenção e solução de conflitos locatícios**

Sempre que o mediador identificar a necessidade da assistência de um profissional de formação específica, deverá sugerir às partes que participem do procedimento de busca dessa assistência.

A assistência profissional pode ser realizada por diversos profissionais: advogados, psicólogos, assistentes sociais e outros. O profissional a ser escolhido vai depender da área deficitária que requer a assistência profissional.

Se a área deficitária for jurídica, deve-se buscar um advogado conhecedor do procedimento de mediação e, preferencialmente, que já tenha assistido, em outras oportunidades, a tal procedimento, pois o seu desconhecimento ou inexperiência pode comprometer toda a solução que está sendo construída. Esse profissional, por um dever do ofício, analisará todos os detalhes legais com a máxima cautela e talvez, por milímetros de desajuste às leis, interferirá negativamente na concretização do acordo.

A contratação de um advogado que não acredita no processo de mediação ou tem uma atitude preconceituosa sobre a mediação pode ser um erro estratégico lastimável. Além da hipótese pouco provável de um acordo com a presença desse profissional, as partes podem perder a confiança no processo e se fecharem para a alternativa da mediação em qualquer outra oportunidade.

Os advogados que investem na litigiosidade atrapalham o processo de mediação e devem ser mantidos longe da sala em que se realiza seu procedimento.

Segundo Álvarez<sup>477</sup>, a maioria dos advogados realiza uma apresentação inicial dirigida ao mediador, relatando sua versão da história em

---

<sup>477</sup> ÁLVAREZ, Gladys S. op. cit., p. 244.

linguagem carregada de justa indignação e tão adversarial como se estivessem se dirigindo a um juiz cuja mente se busca persuadir contra o adversário.

Segundo Serpa<sup>478</sup>, o problema central da presença dos advogados na mediação é que os mesmos ainda estão voltados para o trabalho de enquadrar todas as coisas e pessoas, o que dificulta uma visão ampla e flexível de todos os fatores determinantes de uma situação.

Segundo Álvarez<sup>479</sup>, a maioria dos advogados não se prepara e nem a seus clientes para uma atuação adequada no procedimento da mediação.

De modo amplo, pode-se dizer que qualquer profissional que for auxiliar uma das partes no processo de mediação deve ter conhecimento desse processo e da sua seriedade e, acima de tudo, deve respeitar e acreditar na possibilidade de as partes concretizarem autonomamente uma solução para os seus problemas

Segundo Lagrasta Neto<sup>480</sup>, os advogados têm papel de destaque na implementação dos meios alternativos. Para o autor, os advogados devem participar mais ativamente nesse trabalho, prestando efetivamente assistência jurídica (mais ampla do que a judiciária, voltada exclusivamente para a representação em juízo), indicando aos interessados a forma de esclarecimento para todas as questões, buscando evitar os conflitos e acreditando nos meios alternativos.

---

<sup>478</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 306.

<sup>479</sup> Para uma boa mediação, os clientes devem saber e entender: o procedimento; a variedade de opções e possíveis compromissos alternativos capazes de solucionar a questão; o que se pode considerar justo, de acordo com as circunstâncias e com realismo; o alcance de uma disputa e o valor de poder apreciar as emoções dos demais; a importância de saber escutar com a mente aberta e predisposta à reavaliação do problema; quais são as suas melhores e piores alternativas, no caso de se chegar a um acordo ou não, além de outros tópicos. ÁLVAREZ, Gladys S. op. cit., p. 244.

<sup>480</sup> LAGRASTA NETO, Caetano. op. cit., p. 28.

Para Vezzula<sup>481</sup>, o mediador é um profissional que não pode dar nenhum tipo de assessoramento legal ou de qualquer outra espécie que não o de mediador, ou seja, enquanto trabalha como mediador, apenas pode exercer essa função. Não pode exercer outra profissão concomitantemente.

Segundo Vezzula<sup>482</sup>, a mediação não é uma técnica de aplicação obrigatória pelos advogados. O mediador não precisa nem mesmo ser formado em Direito. Para esse autor, a mediação é um conjunto de técnicas e de ciências de origens diversas e, fundamentalmente, um modo diferente de enfrentar os conflitos que só pode ser coordenado por um mediador.<sup>483</sup>

Muitos advogados são hostis à idéia de as partes construírem a solução de seus conflitos sozinhas ou através de um mediador sem formação em Direito; pensam que apenas o profissional com formação jurídica tem a capacidade de realizar um acordo justo.

Parte dessa idéia é fruto do medo que certos advogados têm da mediação. Eles a vêem como uma ameaça ao seu campo de trabalho.<sup>484</sup>

Vezzula<sup>485</sup> recomenda que, antes de ser assinado, qualquer acordo seja revisado por um advogado, ainda que o mediador seja também advogado.

Essa revisão tem um aspecto positivo e outro negativo. O positivo é a possibilidade de verificação do ajuste do acordo firmado ao ordenamento jurídico

---

<sup>481</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 116.

<sup>482</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 116.

<sup>483</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 116.

<sup>484</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 305.

<sup>485</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. op. cit., p. 116.



pátrio, até mesmo facilitando, se for necessária, a utilização da via judicial para a execução do acordo firmado.

Os aspectos negativos são: a) encarecimento do processo, devido ao custo da prestação de serviço de mais um profissional; b) perda parcial da característica principal da mediação, que é a voluntariedade, pois o advogado, ao realizar a comparação entre os dispositivos legais e o acordo entabulado, mesmo que indiretamente, recomendará nova redação de algumas cláusulas contratuais, bem como alterações e outras medidas; c) morosidade do processo, uma vez que, após toda a mediação concluída, seu produto será submetido à vistoria de um advogado, o que torna o processo menos célere.

Não é necessário que, antes de ser assinado, qualquer acordo seja revisado por um advogado. Entretanto, o mediador deve recomendar essa revisão quando julgar necessário.

Caso essa revisão seja encarada como requisito indispensável à mediação, a solução proferida se distanciará cada vez mais da solução alternativa dos litígios, correndo-se o risco do retorno, a passos largos, ao formalismo tão caro aos juízes, promotores e advogados ineficientes.<sup>486</sup>

A assistência profissional na prevenção e solução de conflitos locatícios segue o procedimento normal de quase toda mediação, pois cabe ao mediador avaliar a necessidade ou não da assistência de um profissional de formação específica no caso por ele analisado.

---

<sup>486</sup> LAGRASTA NETO, Caetano. Meios alternativos de solução dos litígios. *Revista dos Tribunais*, volume 639. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro de 1989, p. 22/31, p. 23.

#### **4.4 Hipóteses em que é adequada a utilização da mediação na prevenção e solução de conflitos locatícios**

Uma das vantagens da mediação é a possibilidade de uma maior flexibilidade na construção de soluções. Através desse procedimento, podem-se obter decisões menos radicais, em que as partes saiam satisfeitas e com ganhos.

Segundo Watanabe<sup>487</sup>, existem conflitos atendidos pela solução da estrutura judicial. Entretanto, em outros tipos de conflito, é necessária uma estrutura mais leve e ágil. O autor ressalta, ainda, que nos conflitos envolvendo pessoas em permanente contato, como nas relações jurídicas contínuas, normalmente as formas alternativas de solução são mais recomendadas.

Segundo Galano<sup>488</sup>, a mediação propõe que as partes retomem a comunicação e o trabalho de construir uma nova história do conflito, abrindo espaço para a possibilidade do acordo.

A mediação é um procedimento adequado para vários tipos de conflito. Segundo Highton<sup>489</sup>, a utilização da mediação na prevenção e solução de conflitos é adequada quando: a) as partes possuem uma relação contínua, pois, nesse caso, têm interesse em terminar com o problema, mas pretendem continuar mantendo a relação; b) as partes querem conservar o controle sobre o resultado do seu conflito; c) as partes compartilham algum grau de responsabilidade pelo estado do conflito; d) ambas as partes têm bons argumentos e existe uma variada gama de possibilidades de prevenção e solução de conflitos futuros; e) a lei não proporciona a solução que desejam as partes; f) a disputa não convém a nenhuma das partes, que não desejam recorrer à via judicial; g) deseja-se manter uma

---

<sup>487</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 132.

<sup>488</sup> GALANO, Monica Haydee. op. cit., p. 102.

<sup>489</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 201.

situação de anonimato, privacidade e confidencialidade; h) não existe grande desequilíbrio de poder entre as partes; i) a causa do conflito tem raiz numa má comunicação prévia; j) as partes necessitam, quando nada, de uma oportunidade para desabafar; l) estão em jogo questões técnicas muito complexas; m) quer-se diminuir os custos; e n) quer-se resolver o conflito rapidamente.

Genericamente, a utilização da mediação na prevenção e solução de conflitos locatícios é recomendável se estiverem configuradas as hipóteses supracitadas. No entanto, apenas com a análise de todos os elementos presentes em um conflito locatício específico será possível averiguar se a mediação deve ser utilizada ou não.

A relação entre locador e locatário é contínua. Sendo assim, é importante para os contraentes manter essa relação de uma forma amistosa. Portanto, genericamente a mediação é uma forma de solução de conflitos recomendável nos conflitos locatícios. Além disso, por tratar-se de uma relação contínua, se o conflito não for sanado, ele poderá vir à tona a qualquer momento e, às vezes, em proporções mais graves. Tendo sido sanado pela mediação uma vez, é possível que cesse a fonte conflitiva ou que ela reapareça em proporções mais tênues.

Cabe ao mediador, ao realizar uma mediação, auxiliar as partes na análise de todos os elementos do conflito. Ele deve ser prudente em seu ofício, incentivando as partes a uma tomada de consciência das futuras consequências que podem advir de uma determinada medida.

Quando as partes decidem tomar uma medida após uma reflexão sobre o futuro, pensando nas eventuais consequências e, portanto, prevenindo um conflito antes de precisar resolvê-lo, torna-se mais difícil a possibilidade de um conflito futuro.

---

#### **4.5 Hipóteses em que não é adequada a utilização da mediação na prevenção e solução de conflitos locatícios**

Segundo Highton<sup>490</sup>, a utilização da mediação na prevenção e solução de conflitos não é adequada quando: a) uma das partes quer provar a verdade dos fatos; b) uma das partes não tem autonomia para tomar decisões, mesmo assessorada por um advogado; c) uma das partes tem um interesse punitivo ou uma noção de justiça retributiva que deseja ver reconhecida numa decisão emanada de um juiz; d) o que se deseja é estabelecer um dispositivo legal; e) uma das partes está ausente ou incapacitada; f) uma das partes não tem interesse em chegar a um acordo; g) nenhuma das partes está em condições de considerar a possibilidade de um acordo; h) a lentidão do procedimento judicial favorece em muito, pelo menos a uma das partes; i) uma das partes pretende obter um lucro excessivo com o conflito; j) o conflito envolve um crime de ação pública ou violenta ou maus tratos a menores; l) está sendo ferida a ordem pública; m) existe a necessidade de uma sanção pública de uma conduta; e n) existe grande desequilíbrio de poder entre as partes.

Se alguma das hipóteses acima mencionadas estiver presente num conflito locatício específico, a mediação torna-se desaconselhável.

O contrato de locação é consensual, contínuo, bilateral e oneroso. Os pressupostos essenciais do contrato de locação são: a) a entrega, pelo locador, de uma coisa para ser usada pelo locatário; b) o pagamento, pelo locatário, do aluguel. Como em todo contrato, no contrato de locação são necessários consentimento das partes, capacidade delas e objeto lícito.<sup>491</sup>

O consentimento há de se referir à locação e a suas condições: objeto, aluguel, obrigações, encargos, prazo, reajuste e demais cláusulas. Ele deve ser

---

<sup>490</sup> HIGHTON, Elena I. op. cit., p. 202.

<sup>491</sup> PACHECO, José da Silva. op. cit., p. 131.

dado sem vício. O dolo, o erro, a violência e a incapacidade invalidam o contrato, sujeitando-o às regras pertinentes.<sup>492</sup>

Se o contrato firmado entre as partes contiver vícios sociais ou de consentimento, a utilização da mediação como forma de solução de conflitos não é recomendável, pois o princípio da boa-fé entre os contraentes estará ameaçado em virtude da presença do vício. Além disso, a mediação não é um procedimento adequado para solucionar conflitos dessa natureza.

#### **4.6 O papel da mediação na prevenção e solução de conflitos locatícios**

Nos conflitos locatícios em que as partes assumem seus lugares no processo envolvidas pelo sentimento de boa-fé<sup>493</sup>, a mediação é uma via adequada para a composição do conflito. Entretanto, basta que uma das partes esteja predisposta à má-fé, ou compulsivamente empenhada no embate, para inviabilizar a mediação.

Os conflitos locatícios normalmente possuem natureza patrimonial. Assim sendo, a presença de participantes no processo por necessidade financeira que, portanto, não têm condições de adimplir suas obrigações vencidas, é extremamente grande. No Brasil atual, essa é uma situação bastante comum, para a qual contribuem grandemente dois fatores decisivos: o crescimento do desemprego e a “massificação” da idéia de que a felicidade se resume ao consumo.

---

<sup>492</sup> PACHECO, José da Silva. op. cit., p. 164.

<sup>493</sup> “Lidar com a parte de boa-fé é tratar com alguém que está no processo em busca do que acredita ser justo. Exceto se houver excesso, com a transformação desse litigante em ‘amante do litígio’, a parte de boa-fé é suscetível a argumentos lógicos, razoáveis e justos.” SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em Juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 36.

No caso em que o locatário deve aluguéis ao locador por estar atravessando uma séria crise financeira, a mediação pode ser uma via adequada para a solução desse conflito. Se a parte efetivamente estiver participando do processo munida de boa-fé, poder-se-á tentar uma solução que reduza a multa por inadimplemento e fixe um prazo mais prolongado para o cumprimento da obrigação, concomitantemente com o pagamento pontual das parcelas vincendas. Entretanto, se o litigante insolvente estiver de má-fé, o meio adequado para a solução desse conflito é a via judicial.

Normalmente a mediação não consegue ser uma forma de solução eficaz, quando uma das partes apresenta o perfil “compulsivo” de amor pelo conflito; o conflitante, nesses casos, encontra mais prazer em “esticar” o conflito do que em solucioná-lo.<sup>494</sup>

Segundo Warat<sup>495</sup>, cabe ao mediador estimular, provocar as partes, auxiliando-as a chegar aonde possam reconhecer algo que já está dentro delas. A chave para a solução dos conflitos está dentro de cada um, devendo o homem esvaziar-se das respostas prontas, das ansiedades e dos medos; esvaziando o ego, o homem deve destruir tudo que o impede de saber quem ele é efetivamente.

*“Um espírito carregado de conceitos perde as asas para voar e as raízes que possam lhe outorgar identidade.”  
(...) “É difícil crescer, viver, amar, vincular-se, porque carregamos toneladas de saberes que temos medo de abandonar, na incerteza das formas de sua substituição, medo do encontro com o novo, que é o modo de encontrar consigo mesmo.”<sup>496</sup>*

---

<sup>494</sup> SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em Juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 40.

<sup>495</sup> WARAT, Luiz Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 23.

<sup>496</sup> WARAT, Luiz Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 24.

Conforme entendimento trazido por Warat<sup>497</sup>, o segredo para a ocorrência de uma mediação justa é a autenticidade dos mediados. Ser íntegro e autêntico é um primeiro passo. Mediar é viver em harmonia com a própria interioridade e com os outros.<sup>498</sup> A mediação é um encontro consigo mesmo, é uma possibilidade de sentir com outro.<sup>499</sup>

A mediação pode ser usada na prevenção e solução de conflitos locatícios, desde que no caso em concreto se verifique a viabilidade de essa via estar efetivamente realizando uma solução adequada ao conflito.

Saber se a mediação é um meio eficaz para solucionar o conflito não dependerá apenas de uma escolha de política judicial, mas do modo de pensar no conflito e em sua solução, pois o procedimento de mediação será ineficaz se as partes e os operadores jurídicos desejarem sua adequação ao modo tradicional e adversarial de solucionar conflitos<sup>500</sup> ou uma solução meramente negocial, numa confrontação em que cada parte defende encarniçadamente seus interesses.<sup>501</sup>

<sup>497</sup> WARAT, Luiz Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 28.

<sup>498</sup> WARAT, Luiz Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 33.

<sup>499</sup> WARAT, Luiz Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 34. "Não é possível abordar um processo de mediação por meio de conceitos empíricos, empregando a linguagem da racionalidade lógica. A mediação é um processo do coração; o conflito, precisamos senti-lo ao invés de pensar nele; precisamos, em termos de conflito, sê-lo para conhecê-lo. Ser e conhecer, não há outro conhecimento." WARAT, Luiz Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 35.

<sup>500</sup> Rudolf Von Ihering, em seu livro "A luta pelo direito" registra que o direito que segue-se no mundo ocidental de origem romana sustenta-se na idéia de que as lesões de direito, de um modo geral, devem ser medidas apenas através do seu valor material. O autor aborda ainda que a solução judicial traz para as pessoas as seguintes hipóteses: para uma delas, o risco de um desfecho desfavorável do processo representa a perda daquilo que lhe pertence, enquanto para outra, apenas acarreta restituição daquilo que injustamente retém. Para uma, a vantagem resultante da demanda bem sucedida consistirá apenas na ausência de prejuízo e para outra, num enriquecimento à custa da parte adversária, IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução: Pietro Nassenti. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 79-80.

<sup>501</sup> ARNAUD, André Jean et al. op. cit., p. 520.

Somente haverá voluntariedade na mediação quando as partes realmente tiverem conhecimento adequado do que seja o procedimento e quiserem investir na solução de conflitos de maneira cooperativa.

Segundo Sadek<sup>502</sup>, apenas 33% das pessoas envolvidas em algum tipo de conflito dirigem-se ao Judiciário em busca de uma solução para seus problemas. A autora relata ainda que a maior parte dos litígios sequer chega a uma corte de justiça.

A desobstrução do Poder Judiciário somente será conseguida com a introdução da cultura da mediação na sociedade e não pela sua imposição dentro do processo judicial, o que acarretaria baixos índices de acordo e perda de seus benefícios.<sup>503</sup>

O papel e a eficácia do modo negociado de solução de conflitos são apreciados, na maioria das vezes, por comparação com o modo institucional e judicial, tomado como referência de tipo ideal.<sup>504</sup> Se a eficácia da mediação for apenas medida com base nos padrões judiciais, ou seja, com base no padrão daquilo que já está estabelecido, não será possível apreciá-la em seu justo valor.

A maior dificuldade de aceitar outros meios de solução de conflitos diferentes da Jurisdição Estatal é cultural e vem do mito do monopólio estatal na concretização da Justiça, como se apenas a sentença proferida pelo judiciário tivesse o condão de resolver os conflitos.

---

<sup>502</sup> SADEK, Maria Teresa. op. cit., p. 35.

<sup>503</sup> OLIVEIRA, Angela et al. op. cit., p. 115.

<sup>504</sup> ARNAUD, André Jean et al. op. cit., p. 130.



Com o instinto, o homem soluciona os conflitos, a exemplo dos animais, usando a força; em face da vontade, curva-se às suas próprias leis psicológicas; com a razão, submete-se a princípios de moral ou ao Direito.<sup>505</sup>

Segundo Serpa<sup>506</sup>, a resolução dos conflitos pela via judicial é um processo individual, concentrado na configuração de causas e efeitos, e a intervenção tem como alvo o saneamento de causas determinantes do conflito e não a produção de efeitos decorrentes da própria situação conflituosa.

*“A experiência demonstra que a solução judicial imposta às partes até sob coação, se resolve o processo, não exclui a lide marginal que sobrevive à lide e a demanda. Tais conflitos explodem na primeira oportunidade, às vezes de forma violenta, quando não em outras demandas.(...) Configura-se o fenômeno da ‘patologia do litígio.’”<sup>507</sup>*

Para apurar as consequências do conflito é necessário analisar o meio utilizado para solucioná-lo. O conflito se torna prejudicial quando os mecanismos para resolução utilizados são inadequados.<sup>508</sup>

A questão então determinante da solução do conflito é a escolha do processo de resolução que possa atender aos resultados desejados.<sup>509</sup>

Para Lagrasta Neto<sup>510</sup>, a sociedade civil precisa do juiz, do promotor público e do advogado como mediadores, não como aplicadores neutros da lei e

<sup>505</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 15.

<sup>506</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 21-22.

<sup>507</sup> MARROTA, apud MUNIZ, Petrônio R. G. A mediação e a Arbitragem no Brasil – uma abordagem prospectiva. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 40.

<sup>508</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 31.

<sup>509</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 34.

<sup>510</sup> LAGRASTA NETO, Caetano. op. cit., p. 25.

incentivadores formais do processo. Cada profissional deve continuar exercendo a sua função sem se transformar em mediador, mas abrindo-se a uma forma mais consensual e menos adversarial de administrar o conflito em seu respectivo ofício.

*“Uma observação profunda dos regimes dos conflitos me que deve levar a comprovar que, à medida em que a civilização progride, há menor necessidade do Direito para atuar na solução pacífica do conflito, não apenas porque cresce a moralidade, como também, e mais que tudo, porque aumenta a sensibilidade dos homens perante o supremo interesse coletivo (...) Na realidade, posto que unicamente por meio da vida em sociedade os homens podem satisfazer grande parte das suas necessidades, e posto que a guerra entre eles desagrega a sociedade, a composição (solução pacífica) dos conflitos se converte em interesse coletivo (público), ao qual poderíamos dar, para distingui-lo dos interesses em conflito (internos), o nome de interesse externo. Nele radica a causa do Direito.”<sup>511</sup>*

A mediação, instituto que privilegia a composição entre as partes, diferentemente da decisão imposta por um terceiro (árbitro ou juiz), mostra-se uma forma alternativa e eficaz de prevenção e solução de conflitos advindos das relações locatícias.

*“A mediação como forma de solução alternativa de conflitos enquadra-se muito bem no pensamento de Mauro Cappelletti a respeito de justiça coexistencial, tendo em vista que busca a satisfação dos litigantes sem causar reflexos negativos comumente identificáveis nas imposições dos julgados (ato de império marcado por violência simbólica), porquanto a autocomposição nasce e se encerra a partir das próprias partes, com a intervenção de um terceiro imparcial, o mediador.”<sup>512</sup>*

<sup>511</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 63.

<sup>512</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

Cabe ao mediador, em conjunto com os mediados, o trabalho contínuo e cooperativo na busca de soluções criativas que satisfaçam a todos os envolvidos na questão controversa.<sup>513</sup>

A mediação valoriza determinados elementos abstratos que não podem ser expressos em dinheiro, mas são também reconhecidos e estimados pelas partes envolvidas, como o desgaste emocional e a continuidade do relacionamento.<sup>514</sup>

Segundo Arnaud<sup>515</sup>, o conceito de resolução alternativa de conflitos é oriundo da ideologia jurídica contemporânea, designada pelo termo informalismo. Essa manifestação ideológica foi elaborada nos termos da concepção que o realismo jurídico<sup>516</sup> possuía da legalidade.

Segundo Arnaud<sup>517</sup>, três tipos de pesquisas estão sendo realizados a respeito dos modos de resolução de conflitos e todos eles estão acontecendo no campo comportamental. O primeiro tipo enfoca o comportamento das partes nos diferentes processos de resolução de conflitos, o segundo busca identificar as regras de comportamento no tratamento dos conflitos e o terceiro questiona, com certo ceticismo, os esforços empregados no sentido de estabelecer regras de comportamento nos conflitos.<sup>518</sup>

---

<sup>513</sup> BRAGA NETO, Adolfo. op. cit., p. 96.

<sup>514</sup> SERPA, Maria de Nazareth. op. cit., p. 308.

<sup>515</sup> ARNAUD, André Jean et al. op. cit., p. 16.

<sup>516</sup> "Os pesquisadores em ciências sociais revivificaram, nos anos 60, a proposta do realismo jurídico, segundo a qual existe um fosso entre as regras e os comportamentos, e demonstraram que a 'realidade' do direito se revela melhor na 'ação' do que nos livros." ARNAUD, André Jean et al. op. cit., p. 16.

<sup>517</sup> ARNAUD, André Jean et al. op. cit., p. 17.

<sup>518</sup> Segundo Meadow, apud Arnaud, os tribunais possuem uma imaginação limitada em matéria de reparação, as comissões de transação fornecem uma chance de temperar a rigidez dos julgamentos do tipo *ganha/perde* através de soluções flexíveis. ARNAUD, André Jean et al. op. cit., p. 17.

Segundo Arnaud<sup>519</sup>, são três os efeitos do realismo jurídico que podem surgir sobre os estudos em relação à resolução alternativa de conflitos: a) uma preocupação maior com a elaboração das políticas<sup>520</sup>; b) os direitos são tratados como bens estabelecidos e formais. Em contrapartida, os meios alternativos ou informais são considerados formas menos autoritárias e aparecem como resultado de um consentimento individual<sup>521</sup>; e c) a omissão das relações sociais na análise do direito.

As relações sociais e a autoridade institucional que constituem o movimento de resolução alternativa dos litígios são ignoradas e até mesmo dissimuladas pelo positivismo da pesquisa comportamental em matéria de resolução alternativa dos conflitos.<sup>522</sup>

Nader<sup>523</sup> aponta que a partir do final da década de 70 os Estados Unidos foram tomados pelo interesse em mudar a forma da resolução de conflitos, surgindo um estilo menos confrontacional e menos interessado na justiça e em causas de base, e mais interessado na harmonia.

Segundo Nader<sup>524</sup>, essa nova forma de analisar o direito e a justiça utilizou-se de uma série de palavras-chaves que comparavam a resolução

---

<sup>519</sup> ARNAUD, André Jean et al. op. cit., p. 17.

<sup>520</sup> Alguns dos estudos têm como objetivo determinar qual o foro apropriado para o tratamento das categorias específicas de conflitos. ARNAUD, André Jean et al. op. cit., p. 18.

<sup>521</sup> “Uma tal descrição dos direitos não somente retira toda a autoridade do informal, mas nos impede também de compreender em que medida os direitos são socialmente construídos nos diversos níveis – ao mesmo tempo, no interior do reino das negociações informais e em instituições mais formais, como os tribunais.” ARNAUD, André Jean et al. op. cit., p. 18.

<sup>522</sup> ARNAUD, André Jean et al. op. cit., p. 18.

<sup>523</sup> NADER, Laura. La civilización y sus negociadores – la armonía como técnica de pacificación. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Lições alternativas de direito processual*. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 118.

<sup>524</sup> NADER, Laura. op. cit., p. 119.

alternativa de disputas com a resolução judicial, sempre mostrando os benefícios de um modelo em contrapartida dos prejuízos do outro.

A resolução alternativa de disputa era associada à paz, enquanto a resolução judicial estava ligada à guerra. Uma é adversarial, a outra, não. Numa delas há enfrentamento, insensibilidade, destruição da confiança e da cooperação e só perdedores, enquanto na outra há cicatrização suave e sensível de conflitos humanos, produzindo somente ganhadores.<sup>525</sup>

Nader<sup>526</sup> observa que o movimento de reforma legal alastrou-se espantosamente nos Estados Unidos, relativamente livre de críticos e penetrando em todos os níveis da vida norte-americana.

Nader<sup>527</sup> critica essa febre de mediação nos Estados Unidos e principalmente a mediação obrigatória. Grillo, apud Nader<sup>528</sup>, lembra que a mediação compulsória reduz a liberdade porque freqüentemente se encontra fora da lei, elimina a eleição de procedimento e retira a proteção dada por igual às partes, no processo adversarial.

A solução dos conflitos pela via alternativa pode ser positiva em termos de exercício da cidadania por parte dos indivíduos, mas implica um risco muito sério que é a arbitrariedade. Grillo, apud Nader<sup>529</sup>, pondera que os casos mediados geralmente não se registram, havendo muito pouca regulamentação e quase nenhuma responsabilidade.

---

<sup>525</sup> NADER, Laura. op. cit., p. 119.

<sup>526</sup> NADER, Laura. op. cit., p. 120.

<sup>527</sup> NADER, Laura. op. cit., p. 121.

<sup>528</sup> GRILLO, apud NADER, Laura. op. cit., p. 120.

<sup>529</sup> GRILLO, apud NADER, Laura. op. cit., p. 120.

Para Nader<sup>530</sup>, a ideologia da harmonia, que se tornou moda nos Estados Unidos nas três últimas décadas, tem sido uma forma poderosa de controle, exatamente pela aceitação geral da harmonia como benigna.

Para Laura Nader<sup>531</sup>, as ideologias de resolução de disputas são um mecanismo que sempre tem sido utilizado para a transmissão das idéias hegemônicas. Para a autora, os processos de disputa não podem ser explicados como um reflexo de um conjunto predeterminado de conflitos sociais; em compensação, refletem o processo de construção cultural que pode ser uma resposta a uma demanda, um produto dos interesses governamentais ou o resultado de um conflito de classes.<sup>532</sup>

Segundo Lagrasta Neto<sup>533</sup>, a solução alternativa não pode se constituir em abafador ideológico do verdadeiro anseio de justiça, e em hipótese alguma deve surgir como substitutivo à indeclinável responsabilidade do Estado de proteção ao cidadão e seus direitos.

Essas críticas de Laura Nader são extremamente válidas. Os meios alternativos de solução de conflitos não podem ser aplicados indistintamente, sem nenhum tipo de questionamento, apenas porque os problemas que a sociedade civil vive no contexto atual precisam de soluções mais dinâmicas.

Maffesoli<sup>534</sup> pondera que quando o sentimento de urgência faz mais pressão na sociedade civil, talvez seja conveniente pôr em jogo a estratégia da lentidão. O autor aconselha uma atitude de recuo, com a maior lucidez possível,

---

<sup>530</sup> NADER, Laura. op. cit., p. 130.

<sup>531</sup> NADER, Laura. op. cit., p. 130.

<sup>532</sup> NADER, Laura. op. cit., p. 130.

<sup>533</sup> LAGRASTA NETO, Caetano, op. cit., p. 30.

<sup>534</sup> MAFFESOLI, Michel. *Elogio da razão sensível*. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 11.

para analisar a “socialidade” que emerge sob nossos olhos. O autor<sup>535</sup> alerta que de acordo com o ponto de vista da sabedoria relativista<sup>536</sup>, nada é absoluto e não há verdade geral, mas todas as verdades parciais podem entrar em relação umas com as outras. Recomenda, ainda, uma atitude corajosa dos indivíduos para não aceitarem as posições de profetas das superstições, freqüentemente apenas modismos ou variante conforme a moda, e que apesar disso se convencionou chamar de teorias científicas. Para o autor, as “modas” estão sempre ligadas ao moralismo.<sup>537</sup>

Segundo Six<sup>538</sup>, na atualidade deve-se combater a urgência, não como categoria de ações, mas como categoria central da representação de nossa sociedade, de seus problemas e de seu futuro.

Maffesoli<sup>539</sup> lembra que a representação foi, em todos os domínios científicos, a palavra mágica da modernidade. Ele propõe, como caminho para a pós-modernidade, a substituição da representação pela apresentação das coisas, ou seja, uma contemplação do mundo. Segundo esse autor, a apresentação sublinha que não se pode jamais esvaziar totalmente um fenômeno, ou seja, qualquer coisa de empírico, de empiricamente vivido, através de uma simples crítica racional.

*“Que a sombra aumenta proporcionalmente com a luz é uma regra psicológica; assim, quanto mais a consciência se mostrar racionalista, mais o universo*

<sup>535</sup> MAFFESOLI, Michel. op. cit., p. 12.

<sup>536</sup> Um saber que saiba, por mais paradoxal que isso possa parecer, estabelecer a topografia da incerteza e do imprevisível, da desordem e da efervescência, do trágico e do não-racional. MAFFESOLI, Michel op. cit., p. 13.

<sup>537</sup> As preferências em geral são decretadas pelas “mentes lúcidas”, que sabem decretar aquilo que convém pensar ou fazer, que indicam por que e como se deve fazê-lo. MAFFESOLI, Michel. op. cit., p. 14.

<sup>538</sup> SIX, Jean-François. op. cit., p. 14.

<sup>539</sup> MAFFESOLI, Michel. op. cit., p. 18-20.

*quimérico do inconsciente ganhará em vitalidade. (...) Portanto, em vez de continuar pensando segundo um racionalismo puro e duro, em vez de ceder às sereias do irracionalismo, talvez seja melhor pôr em prática uma 'deontologia' que saiba reconhecer em cada situação a ambivalência que a compõe: a sombra e a luz entremeadas, assim como o corpo e o espírito, interpenetram-se numa organicidade fecunda.*<sup>540</sup>

A construção de uma teoria nunca se esgota, as portas da percepção devem estar sempre abertas para os questionamentos. Deve-se tentar construir uma teoria da mediação com uma base bem fundamentada, relativamente sólida, uma teoria que busque acima de tudo conhecer as limitações práticas desse método.

Apenas conhecendo todos os componentes desse instituto, será possível praticá-lo adequadamente, a fim de que a mediação não se torne apenas mais um paliativo<sup>541</sup> para estabilizar o quadro de enfermidade em que o conflito se encontra, e sim um método eficaz, que respeite a dignidade das partes, que seja comunicacional, transformador dos conflitos, e que acima de tudo ajude os indivíduos a serem mais cooperativos uns com os outros.

*"A descrição dos fenômenos sociais não há de ser unicamente um 'problema', mas sim uma plataforma a partir da qual vai elaborar-se um exercício do pensamento que responda da melhor maneira às audaciosas contradições de um mundo em gestão."*<sup>542</sup>

<sup>540</sup> MAFFESOLI, Michel. op. cit., p. 19.

<sup>541</sup> Quando o questionamento oriundo (por vezes, sem palavras) do próprio corpo social torna-se assunto permanente, quando a indiferença ou a desafeição pelas instituições se torna maciça, quando a revolta é tão pontual quando impensada, em suma, quando o contrato social, a cidadania, a nação e até o ideal democrático não produzem mais nenhum eco entre os seus supostos beneficiários, é inútil pretender tapar as brechas com curativos improvisados. MAFFESOLI, Michel. op. cit., p. 15.

<sup>542</sup> MAFFESOLI, Michel. op. cit., p. 15.



O futuro da sociedade civil requer a adoção de um estilo de vida mais cooperativo entre os indivíduos.<sup>543</sup>

*"Nas circunstâncias atuais, ninguém pode se dar ao luxo de acreditar que seus problemas vão ser solucionados pelos outros. Cada indivíduo tem a responsabilidade de ajudar a levar nossa família global para o rumo certo. Ter boa vontade não é suficiente, é preciso nos envolvermos de forma ativa."*<sup>544</sup>

Segundo Valls<sup>545</sup>, a sociedade civil vive atualmente o problema da massificação: na maioria dos setores da vida, os homens vão sendo reduzidos a funções simplesmente passivas, vão perdendo sua voz e sua vez, e vão desaparecendo as artes de falar e de expressar.

Segundo Valls<sup>546</sup>, o homem precisa de espaço para realizar o exercício concreto da liberdade. Ele precisa do seu espaço interior, da sua casa, do seu salão, da sua praça e da sua terra.

Segundo Galano<sup>547</sup>, a mediação propõe que as partes retomem a comunicação e o trabalho de construir uma nova história do conflito em que exista a possibilidade de um acordo. Através dos métodos alternativos de solução de conflitos a sociedade civil busca uma retomada dos poderes e responsabilidades

<sup>543</sup> Sobre essa forma de pensar, vale ressaltar a idéia exposta por Calmon de Passos, em sua obra *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Para o autor, a responsabilidade de cada ser humano para consigo mesmo é indissociável, em face da responsabilidade que ele tem para com outros homens. Trata-se, pelo fato mesmo de ele cuidar-se, de uma solidariedade que o liga a todos os homens e também de uma solidariedade que o vincula à totalidade do mundo, de uma responsabilidade com relação a tudo quando existe. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 18.

<sup>544</sup> DALAI-LAMA. *O caminho da tranquilidade*. Tradução: SILVEIRA, Maria Luiza Newlands; ALVES, Márcia Cláudia. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 60.

<sup>545</sup> VALLS, Álvaro. op. cit., p. 76.

<sup>546</sup> VALLS, Álvaro. op. cit., p. 77.

<sup>547</sup> GALANO, Monica Haydee. op. cit., p. 110.

individuais. Entretanto, a aplicação justa e ética desses métodos alternativos de solução de conflitos não será fácil, pois como alerta Valls, a sociedade civil anda exercendo muito pouco a sua liberdade, em virtude do processo de massificação.

Deve-se tomar cuidado para que a mediação, ao invés de ser a construção do poder consensual e comunicacional<sup>548</sup>, seja a afirmação do poder das classes hegemônicas da sociedade civil.

Como alerta Maffessoli<sup>549</sup>, é freqüente que acadêmicos e jornalistas, cada um em seu respectivo domínio, aceitem as construções teóricas divulgadas pela mídia, até por uma questão de comodidade. O autor relata que essa atitude “nociva” começa a apresentar suas conseqüências, e a principal delas é o sujeito desconectar-se cada vez mais da realidade da qual se deseja dar conta.<sup>550</sup>

A mediação não pode ser “vendida” como uma série de técnicas que, somadas, oferecem a cura para o mal do conflito. É preciso dar o adequado tratamento científico que a matéria requer, acrescido de uma ética das situações e voltado para o afeto e para os sentimentos que compõem os fenômenos humanos.

---

<sup>548</sup> Para Arendt, citada por Lukes, o poder é a capacidade humana de atuar em harmonia, em contraste com a violência e a força, e com a relação comando-obediência. LUKES, Steven. Poder. In: *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 581.

<sup>549</sup> MAFFESOLI, Michel. op. cit., p. 15.

<sup>550</sup> “Está entendido: nada mais resta a esperar do saber estabelecido. Sem distinguir tendências, ele vinculou por demais sua causa ao exercício do poder. E mesmo criticando-o, ficou-lhe por demais contradependente.” MAFFESOLI, Michel. op. cit., p. 15.

## CONCLUSÃO

Conflito, em uma acepção estrita, é a disputa bilateral na qual duas partes tentam possuir o que ambas não podem. Numa acepção mais ampla, o termo *conflito* denota o confronto de poder na luta de todas as coisas por se manifestar.

Dentro da ciência processual a vertente mais adotada é o estudo dos conflitos através da visão de Carnelutti. Essa abordagem é iniciada pela conceituação do termo *interesse*, pois pela busca pelos interesses é que se instaura o conflito. O interesse é uma relação entre duas ou mais pessoas, tentando satisfazer suas necessidades através da conquista dos bens. Os interesses dos homens são ilimitados e os bens, limitados. Desse impasse surge o conflito de interesses.

Na acepção estrita, a conceituação de conflito é similar à construção científica formulada por Carnelutti e tal formulação abarca apenas uma parte dos conflitos existentes, sendo necessário na atualidade recorrer ao conceito amplo de conflito para a realização de uma análise correta desse objeto de estudo.

O conflito locatício pode ocorrer no momento em que se está firmando o contrato entre os contraentes e durante a vigência do contrato de locação – sendo que os conflitos não solucionados durante a vigência do contrato podem perdurar até depois de terminada a relação locatícia. Esses conflitos normalmente surgem por causa do descumprimento das cláusulas contratuais ou por descumprimento da legislação por parte dos contraentes.

São três as formas de solucionar os conflitos: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

---

A autotutela foi a primeira forma de solução de litígio que apareceu ao longo da história da humanidade, antes mesmo da consolidação do direito. Surgiu em virtude da inexistência de um Estado forte para superar as vontades individuais, na época em que os litígios eram solucionados pela força, imperando a lei do mais forte. Em certos casos excepcionais, a lei permite a utilização da autotutela. Mas o Estado, ao permitir essas hipóteses de autotutela, estabelece um limite para que tal ato seja aceito por nosso ordenamento jurídico.

Através da autocomposição as partes resolvem seus conflitos entre si, evitando, assim, a interferência de terceiros e dos órgãos do Estado. Durante um longo período da história essa maneira informal de resolver o conflito foi vista como própria de sociedades primitivas. Hoje, a autocomposição assume um papel fundamental nas soluções dos conflitos, principalmente devido à crise por que passa o sistema judiciário.

A tendência é que cada vez mais conflitos se resolvam através da autocomposição. O direito brasileiro, em vários dispositivos, vem estimulando a autocomposição entre as partes.

A heterocomposição consiste na figura de um terceiro sem ligação alguma com o problema, o Árbitro ou Juiz, solucionando o litígio existente entre os desafetos.

Jurisdição, numa acepção estrita, é a forma de solução de conflitos através das regras do direito objetivo, que é considerada uma função exclusiva do Estado, desempenhada pelos órgãos judiciais.

O Estado tem falhado muito na concretização da pacificação social, o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição. As soluções alternativas para os conflitos – mediação, arbitragem e conciliação extrajudicial – podem realizar a pacificação social, mesmo não sendo soluções construídas através da via judicial. Na busca pela efetividade o que importa é a conquista da pacificação social, ou

por via da jurisdição pública ou da jurisdição privada. A jurisdição prestada pelo Estado poderia ser complementada com a implementação das vias alternativas de solução de conflitos e a implementação dessas pode atenuar a crise de eficiência por que passa o Judiciário Brasileiro.

A arbitragem é uma técnica de solução de conflitos em que um ou vários terceiros imparciais, com poderes previstos numa convenção privada, convencionada anteriormente entre os conflitantes, decidem com base nessa convenção e nas regras de direito aplicáveis no caso, sem a interferência do judiciário.

Na arbitragem, ocorre a intervenção de um terceiro cuja decisão os litigantes deverão obedecer. Esse árbitro é escolhido pelas partes e recebe delas o poder de decisão sobre qualquer conflito que ocorrer na relação. A decisão proferida por esse árbitro tem caráter obrigatório e vinculativo. Portanto, essas características demonstram a semelhança da atividade exercida pelo juiz e pelo árbitro.

A mediação é uma forma autocompositiva de solução de conflitos porque o poder de tomada de decisões cabe às partes.

A atuação do mediador é similar à de um conselheiro. O seu trabalho consiste em aproximar as partes, auxiliá-las na dissecação do problema, compreender as zonas de impasse existentes e que possam ser trabalhadas de uma forma menos traumática e, finalmente, tentar, através do consenso, construir uma solução positiva, satisfatória e eficaz.

A mediação ocorre em diversos países; é uma forma de solução de conflitos presente em quase todas as culturas do mundo. Nos últimos vinte e cinco anos, tem havido um aumento na utilização das formas alternativas de solução de conflitos na maioria dos países.

A mediação pode ser judicial ou extrajudicial. No formato judicial ela é repleta de procedimentos formais de origem legal ou convencional, que trazem um parâmetro de conduta dos mediadores, e seu desenvolvimento pode se assemelhar ao de um procedimento judicial.

Na mediação pode ocorrer a intervenção de advogados das partes, mas tal intervenção não é indispensável, devendo ser limitada às hipóteses em que seja realmente necessária.

Para ser inserido no processo de mediação, o advogado teria que, necessariamente, mudar a forma de conduzir o conflito, devendo antes de tudo, procurar compor a disputa.

Para o bom funcionamento da mediação, a peça chave é o mediador. Entretanto, não existem fórmulas mágicas que transformem um homem normal em um bom mediador. Na verdade, existem indícios de que certos princípios são valiosas ferramentas que auxiliam na adequada formação de um mediador.

A eficiência do mediador não deve ser medida por uma pesquisa quantitativa, que traga números altíssimos de acordos firmados, mas por uma pesquisa qualitativa que mostre o índice de satisfação das partes.

Diversos fatores caracterizam o processo de mediação, dentre os quais destacam-se a informalidade, a intervenção de um terceiro, a rapidez, a economia, a justeza, a confidencialidade, a reaproximação das partes, a autonomia das decisões, a não-adversariedade e o equilíbrio das relações entre as partes.

A mediação como técnica de solução de conflitos privados é aplicável principalmente a conflitos locatícios, condominiais, imobiliários, de seguro, de franquia, sobre direitos autorais, sobre responsabilidade civil, coletivos e

individuais de trabalho, entre sócios, oriundos de contrato, de natureza familiar – partilha de bens, guarda de filhos, divórcio e outros.

Existem diversos tipos de mediação. A escolha do tipo de mediação a ser usado vai depender da conjugação de diversos elementos, como a natureza do conflito, o recurso das partes, a experiência do mediador e a sua formação profissional, entre outros.

A mediação é uma forma de solução de conflitos que tem como marca o informalismo. Não existem procedimentos estáticos que devam ser necessariamente seguidos. Existem, sim, alguns poucos princípios de organização e administração que facilitam o trabalho do mediador, mas que não são obrigatórios.

Uma das principais obrigações do mediador é a imparcialidade. Entretanto é impossível para o mediador conseguir se abstrair por completo dos seus valores pessoais e de suas inclinações ideológicas. A influência do mediador no processo de mediação é inevitável, mas tal influência pode ser melhor desempenhada se a realidade for conhecida. Deve-se buscar conhecer quais são as formas aceitáveis ou não de influência do mediador.

Com o acréscimo da utilização da mediação no Brasil, será necessária a criação de um código de ética dessa profissão, e a atuação dos mediadores deverá ser norteadada pelos padrões previstos nessa norma.

É importante que todo programa de mediação, público ou privado, tenha um regime de procedimentos disciplinares para ser aplicado nos casos de descumprimento das normas do código de ética profissional da instituição.

A função mais importante do mediador é a realização de uma mediação pautada no respeito às normas éticas. Os apontamentos teóricos sobre a ética são

valiosos e servem para nortear a atuação do mediador. Entretanto jamais a teoria conseguirá teorizar soluções para todas as questões éticas da vida real. Portanto, a ética é acima de tudo uma ciência prática.

A mediação, na atualidade, começa a se profissionalizar, o que acarreta uma maior regulamentação, o desenvolvimento de programas profissionais, uma maior credibilidade para o profissional que atua nessa área e a necessidade de treinamento para a concessão de licenciatura ou certificação para mediadores.

Com um maior controle sobre a formação do profissional da mediação, a população estaria menos exposta ao risco de ser lesada por um profissional totalmente incompetente.

O mediador deve ter conhecimentos multidisciplinares, tais como Psicologia, Sociologia e Direito. Essa formação interdisciplinar auxilia na construção de um profissional realmente qualificado e apto a realizar a árdua tarefa de mediar conflitos.

São duas as formas de mediação utilizadas no mundo ocidental. A primeira tem suas raízes na cultura dos Estados Unidos e a segunda, na cultura européia.

De modo geral, pode-se dizer que a mediação de tradição norte-americana é mais pragmática, preocupando-se mais com a realização de acordos. Já a mediação de origem européia é mais voltada para a melhoria da comunicação, com a transformação dos indivíduos.

No Brasil, ainda existe uma grande resistência à mediação como forma de solução de conflitos. Essa resistência é gerada pelo corporativismo dos profissionais das áreas jurídicas e pelo desconhecimento do instituto por parte da população.



Várias medidas são necessárias para mudar essa ordem de coisas: em primeiro lugar, um trabalho de divulgação e esclarecimento do instituto, objetivando ampliar o rol de conhecedores desse instituto; em segundo lugar, um debate consciente sobre a forma de mediação que se pretende adotar e quais as conseqüências dessa adoção; e em terceiro lugar, o investimento na realização de uma formação adequada.

Atualmente, a maioria das locações de imóveis urbanos realizadas no Brasil são feitas por um corretor, representando uma corretora de imóveis.

Os conflitos advindos das relações locatícias são numerosos e de delicada solução. As partes envolvidas nos conflitos normalmente anseiam por soluções rápidas e justas. O instrumental jurisdicional moroso, caro e excessivamente formalista, em muitos momentos não tem alcançado o resultado com a agilidade necessária.

Procurando solucionar as disputas sem recorrer à via judicial, muitas imobiliárias buscam uma instituição que realize mediações ou contratam um profissional para realizá-la, convidando as partes envolvidas na disputa para comparecerem a um encontro com esse profissional.

Para desempenhar bem o seu papel, o mediador deve conhecer a matéria do conflito. Esse conhecimento é saudável, pois gera uma maior estabilidade emocional nas partes em aceitarem participar desse processo.

Com o comparecimento voluntário das partes, inicia-se a mediação. O mediador deve, ao realizar o encontro, buscar conhecer os pontos de confrontação e concordância.

O mediador que atua na resolução de conflitos locatícios não deve impor uma solução, que deve ser construída pelas partes por meio do diálogo. O

sentimento de confiança na transparência do processo é fundamental para criar um ambiente propício para que as partes consigam realizar uma comunicação sem receios.

A grande diferença das mediações realizadas nos diversos tipos de conflitos não é propriamente a natureza antagonica dos conflitos, mas a forma como a mediação é conduzida pelo mediador.

O poder está em todas as partes. Portanto, não é apenas o poder institucional que diferencia a mediação, mas também a proposta do mediador a respeito da mediação, o fim que ele busca com a mediação e os valores que orientam sua atuação profissional.

Existem outras fontes de conflituosidade, além do contrato, nas relações locatícias. Uma delas é o comportamento dos contraentes durante o transcorrer da relação locatícia. Esse comportamento é muito influenciado pelas características pessoais de cada indivíduo.

Sempre que o mediador identificar como necessária a assistência de um profissional de formação específica, deve sugerir às partes que procurem essa assistência. A assistência profissional pode ser realizada por diversos profissionais, como advogados, psicólogos, assistentes sociais e outros. O profissional a ser escolhido vai depender da área deficitária que requer a assistência profissional.

De modo amplo, pode-se dizer que qualquer profissional que se propuser auxiliar uma das partes no processo de mediação deve ter conhecimento do que é o processo e da sua seriedade, e deve, acima de tudo, respeitar e acreditar na possibilidade de as partes concretizarem uma solução para os seus problemas.

A assistência profissional na prevenção e solução de conflitos locatícios segue o procedimento normal de quase toda mediação, pois cabe ao mediador identificar se a assistência de um profissional de formação específica é necessária ou não no caso específico.

Não é necessária a revisão prévia de um advogado antes da assinatura de todo e qualquer acordo. Entretanto, o mediador deve recomendar essa revisão quando entender que ela seja necessária.

Cabe ao mediador auxiliar as partes na análise de todos os elementos do conflito. Ele deve ser prudente em seu ofício, incentivando as partes a que tomem consciência das possíveis conseqüências advindas da tomada de uma determinada medida. Quando as partes decidem tomar uma medida somente após uma cuidadosa reflexão sobre o futuro, prevenindo, portanto, um conflito antes de precisarem resolvê-lo, a possibilidade de esse conflito surgir torna-se mais difícil.

A mediação pode ser usada na prevenção e solução de conflitos locatícios, desde que no caso específico seja estudada a viabilidade de essa via solucionar efetiva e adequadamente o conflito.

O estudo dessa viabilidade não dependerá apenas de uma escolha de política judicial, mas do modo de pensar no conflito e em sua solução, pois o procedimento de mediação será ineficaz se as partes e os operadores jurídicos desejarem sua adequação ao modo tradicional de pensar na solução do conflito, como forma adversarial, ou desejarem essa forma como uma solução meramente negocial.

Se a eficácia da mediação for medida apenas com base nos padrões judiciais, ou seja, com base no padrão já estabelecido, não será possível apreciá-la em seu justo valor.

A maior dificuldade de aceitar a utilização de outros meios de solução de conflitos diferentes da Jurisdição Estatal é cultural e vem do mito do monopólio estatal na concretização da Justiça, como se apenas a sentença proferida pelo judiciário tivesse o condão de resolver os conflitos.

Os meios alternativos de solução de conflitos não podem ser aplicados indistintamente, sem nenhum tipo de questionamento, apenas porque os problemas que a sociedade civil vive no contexto atual precisam de soluções mais dinâmicas.

Deve-se tentar construir uma teoria da mediação com uma base bem fundamentada, relativamente sólida (a construção de uma teoria nunca se esgota, as portas da percepção devem estar sempre abertas para os questionamentos), uma teoria que busque acima de tudo conhecer as limitações práticas desse método.

Apenas conhecendo todos os componentes da realidade desse instituto será possível uma prática adequada da mediação, para que ela não se torne apenas mais um paliativo para estabilizar o quadro de enfermidade em que se encontra o conflito, e seja realmente um método eficaz, que respeite a dignidade das partes, que seja comunicacional, transformador dos conflitos, e que acima de tudo ajude os indivíduos a serem mais cooperativos uns com os outros.

Os conflitos locatícios, de um modo geral, são perfeitamente solucionáveis através da mediação: as relações são contínuas, devendo-se, portanto, evitar ou minorar ao máximo a possibilidade de conflitos futuros; as soluções devem ser alcançadas o mais rápido possível; os custos do processo devem ser acessíveis às partes. Porém, deve-se analisar cada caso separadamente, pois as intenções das partes envolvidas no conflito em questão vêm a ser fator determinante para a viabilidade desse procedimento.

## BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ, Gladys S. et al. *Mediación y Justicia*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1996.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 181/192.

ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, arts. 1.º ao 6.º do CPC. 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. XXI/ XXVI, 1/48, 155/181.

AMARAL, Lúcia Miranda de Lima. *Mediação e Arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil*. São Paulo: LTr, 1994.

ARNAUD, André Jean et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 6-25; 129-135, 519-524.

AROCA, Juan Montero. *Estudios de Derecho Processual*. Barcelona: Libreria Bosch, 1991, p. 188/213.

BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do Direito Material sobre o Processo. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 9-58.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto et al. Conflito. *Dicionário de Política*. 7.ª ed. Tradução Carmen C. Varrialle et al. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995, p. 225-230.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 122-146.

BONHEEIN, Gerd A. (org). *Os filósofos pré-socráticos*. São Paulo: Cultrix, 3.ª ed., 1983, p.20.

BOUDON, Raymond. BOURRICAUD, François. Conflitos Sociais. *Dicionário crítico da sociologia*. Tradução Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico. São Paulo: Ática, 1993, p. 77-82.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 93-101.

BRASIL. Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. 1.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 24 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei n.º 6.530 de 12 de maio de 1978. Dispõe sobre a profissão de Corretagem e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 15 de maio de 1978.

BRASIL. Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil Brasileiro. 1.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil Brasileiro. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88). 1.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, atualizado e acompanhado de legislação complementar. 16.ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, Valedir Ribeiro Santos, Claudia Beatriz M. Rodrigues (organização, remissões e índices). Campinas, São Paulo: Editora Jurídico Mizuno, 1999.

BRASIL. Lei n.º 8.245 de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a ela pertinentes. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 21 de outubro de 1991.

BRASIL. Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil. Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 e legislação complementar, incluindo o Código de Ética e Disciplina da OAB. Antonio Luiz de Toledo et al. 7.ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, n.º 118, de 1994 (n.º 634 de 1975, na casa de origem). Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro. Capturado no endereço eletrônico: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br), em 07 de julho de 2001.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, n.º 4.287, de 2000. Institucionaliza e disciplina a mediação, com método de prevenção e solução consensual de conflitos. Capturado no endereço eletrônico: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br), em 07 de julho de 2001.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I. 6.<sup>a</sup> ed. revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra/Portugal: Almedina, 1996. p. 121-205.

CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo., PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación* – instrumentos apropiados para la abogacía moderna. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Tradução Luiz Abesia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Uma avaliação da Implantação dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos no Brasil: Conciliação, Mediação e Arbitragem. *Escritos de Direito Processual*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001, p. 205-211.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil: volume I*. 3.<sup>a</sup> ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1999, p. 57-97.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 168.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Jurisdição*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 296-307.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 55-67, p. 222-227.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, vol. I. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1989, p. 83-144.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, p. 87-222.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

COOLEY, John W. LUBET, Steven. *Advocacia de arbitragem*. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 22/34.

CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5-57.

CUNHA, J. S. Fagundes. BALUTA, José Jairo. Questões controvertidas nos juizados especiais. Curitiba: Juruá, 1997, p. 17-49.

DALAI-LAMA. *O caminho da tranquilidade*. Tradução: SILVEIRA, Maria Luiza Newlands; ALVES, Márcia Cláudia. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 60.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21.<sup>a</sup> edição. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 102-107.

DICIONÁRIO JURÍDICO ESPASA. Madrid: Fundación Tomás Moro, 1991, p. 250-255.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.<sup>a</sup> ed.; São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. *Revista Forense*. vol. 334. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 18-41.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do direito processual civil. *Revista Forense* vol. 336. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 26-45.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 114-128.

DINIZ, Maria Helena. Mediação. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 234-235.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada: Lei 8.245, de 18-10-1991*. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DORON, Roland & PAROT, Françoise. Conflito Social. *Dicionário de Psicologia*. Tradução Odilon Soares Leme. São Paulo: Ática, 1998, p. 172.

DUFFY, Karen Grover, GROSCH, James W., OLCZAK, Paul V. *La mediación y sus contextos de aplicación*. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1996.



ELIÇABE-URRIOL, Daniel J. Bustelo. *La mediación Familiar Interdisciplinar*. Madrid: AIEEF- Asociación Interdisciplinaria Española de Estudios de la Familia, 1993.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. A nova lei de arbitragem e os contratos de adesão algumas considerações. *Justiça & Democracia*. n.º 3. São Paulo: Ateliê Editorial, 1997, p.185-192.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 103-110.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Contrato: da função social. *Revista Jurídica*. n.º 247. maio de 1999, p.9-14.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FOLGER, Joseph P., JONES, Tricia S. *Mediación. Nuevas direcciones en mediación. Investigación y Perspectivas comunicaciones*. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1997.

GALANO, Monica Haydee. Mediação – uma nova mentalidade. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 102-112.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro 1 .º volume*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 10.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 277-95.

HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, 1998.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Tradução: Pietro Nassenti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

KOLB, Deborah M. Mediación et al. *Cuando hablar da resultado. Perfiles de mediadores*. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1997.

LAGRASTA NETO, Caetano. Meios alternativos de solução dos litígios. *Revista dos Tribunais*, volume 639. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro de 1989, p. 22-31.

LEBRUN, Gérard. *Poder*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

LENZA, Vitor Barboza. *Cortes Arbitrais*. 2ª ed. Goiânia: AB, 1999.

LUKES, Steven. Poder. In: *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Tradução de Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996, p. 580-582.

MAFFESOLI, Michel. *Elogio da razão sensível*. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação no direito civil e no processo civil*. 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do Estado*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 166-174.

MARTINS, Pedro Batista. Arbitragem constitucionalidade e desnecessidade de homologação judicial. *Mediação e arbitragem estratégia de desenvolvimento*. 2.ª ed. Porto Alegre: Inama, 1997.

MELLO NETO, João Alfredo. *Contratos de Locação predial urbana residencial*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

MINISTÉRIO DO TRABALHO – Secretaria de Relações do Trabalho – *Manual do mediador*. Brasília: MTB, SRT, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo I. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo XL*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, São Paulo: Atlas, 1994, p. 39-47.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução Magda França Lopes. 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1999.

MUNIZ, Petrônio R. G. A mediação e a Arbitragem no Brasil – uma abordagem prospectiva. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 39-45.

NADER, Laura. La civilización y sus negociadores – la armonía como técnica de pacificación. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Lições alternativas de direito processual*. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 113-31.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. CDC e contrato de locação. *Revista Jurídica*, n.º 263. Ano 47. Porto Alegre: Síntese, setembro de 1999, p. 78-99.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal*. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: RT, 1995.

OBINO FILHO, FLÁVIO (coordenação). *Mediação e Arbitragem estratégia de desenvolvimento*. 2.<sup>a</sup> ed., Rio Grande do Sul: INAMA - Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem, 1997.

OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 187-232.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 163-175.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). A mediação no futuro e o futuro da mediação inspirado em Warat. *o poder das metáforas – Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 324-328.

ORTEGA, Francisco Javier Guerreiro. Governabilidade e ethos da modernidade. *Ética e política*. BRITO, Adriano de; HECK, José Nicolau (organizadores). Goiânia: Editora da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 1997, p. 133-140.

PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PUGGINA, Marcio Oliveira. Arbitragem ou Jurisdição Privada. *Justiça & Democracia*. n.º 3. São Paulo: Ateliê Editorial, 1997, p.207-215.

RAUPP, Klaus da Silva. Solução de Controvérsias entre os Estados-Partes do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (organizador). Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 39-59.

RIBEIRO JÚNIOR, João. *Curso de teoria geral do Estado*. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 112-198.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 16-118.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSE, Cristianne FonticIELha de. O conceito de jurisdição. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de et al. (coord.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-107.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Basto. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Dossiê Judiciário. Revista USP*, n.º 21. Mar – Abr – Maio, 1994, p. 34-35.

SANTOS, Gildo dos. *Locação e Despejo comentários à lei 8.245/91*. 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil 1.º volume*. 21.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 273.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 26-47.

SIX, Jean-François. *Mediación. Dinámica de la mediación*. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1997.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*. 9.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOUZA, Silvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em Juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000.

SPINELLI, Miguel. *Filósofos pré-socráticos: primeiros Mestres da filosofia e da ciência grega*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998, p.188.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 139-157.

TEPEDINO, Gustavo. Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1.<sup>o</sup> a 26). In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-23, p. 113-171.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito e Processo: Direito Processual Civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p.250-267.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem no Direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, volume 351, 2000, p. 49-63.

TZU, Sun. *A arte da guerra*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo, Martin Claret, 2001.

VALLS, Álvaro L. M. *O que é ética*. 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A Justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Angela et al. (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsia*. São Paulo, LTr, 1999, p. 113-120.

WARAT, Luiz Alberto. A mediação e a previdência social. *Introdução ao direito previdenciário*. In: MONTEIRO, Meire Lúcia (coordenadora). São Paulo: LTr, 1998. p. 193-200.

WARAT, Luiz Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1988. p. 128-135.

WEBER, Max. *Ciência e Política. Duas Vocações*. São Paulo: Cultrix, 1999.

## ANEXO

## **Projeto de Lei n.º 4.827/98.**

Institucionaliza e disciplina a mediação, com métodos de prevenção e solução consensual de conflitos.

**Art. 1º -** Para os fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

**Parágrafo único -** É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

**Art. 2º -** Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica ou experiência adequada à natureza do conflito.

**Parágrafo 1º -** Pode sê-lo também a pessoa jurídica que, nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências deste artigo.

**Parágrafo 2º -** No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

**Art. 3º -** A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

**Art. 4º -** Em qualquer tempo ou grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3 (três) meses, prorrogável por igual período.

**Parágrafo único -** O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

**Art. 5º -** Ainda que não exista processo, obtido acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

**Art. 6º -** Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

**Art. 7º -** Esta lei entra em vigor à data de sua publicação.

**ZULAIÊ COBRA RIBEIRO**  
**Deputada Federal-**  
**PSDB/SP**